

GEORGHIO ALESSANDRO TOMELIN

O Estado Jurislador

Tese de Doutorado

Orientação: Professor Titular Dr. **Enrique Ricardo Lewandowski**

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO – SP

2017

GEORGHIO ALESSANDRO TOMELIN

O Estado Jurislador

Tese apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração de Direito do Estado, sob orientação do Professor Titular Dr. Enrique Ricardo Lewandowski.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO – SP
2017**

Ficha catalográfica

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Tomelin, Georghio Alessandro
O Estado Jurislador / Georghio Alessandro Tomelin ; orientador
Enrique Ricardo Lewandowski -- São Paulo, 2017.
306 p.

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito do
Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017.

1. Separação de poderes (jurisfação e absolutismo jurídico). 2.
Pluralismo político (tricameralismo). 3. Segurança jurídica (Era dos
Conflitos). 4. Precedentes vinculantes (Súmulas de jurisprudência). 5.
Protagonismo judicial (ativismo judiciário). I. Lewandowski, Enrique
Ricardo , orient. II. Título.

Universidade de São Paulo
Faculdade de Direito

ATA DE DEFESA
Provisória

Aluno: 2134 - 8660825/1 / Página 1 de 1

Ata de defesa pública de Tese do(a) Senhor(a) Georghio Alessandro Tomelin no Programa: Direito,
do(a) Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Aos 23 dias do mês de outubro de 2017, no(a) Auditório Arcadas, realizou-se a Defesa da Tese do(a)
Senhor(a) Georghio Alessandro Tomelin, apresentada para a obtenção do título de Doutor intitulada:

* O Estado jurisditor *

Após declarada aberta a sessão, o(a) Sr(a) Presidente passa a palavra ao candidato para exposição e a
seguir aos examinadores para as devidas arguições que se desenvolvem nos termos regimentais. Em
seguida, a Comissão Julgadora proclama o resultado:

Nome dos Participantes da Banca	Função	Sigla da CPG	Resultado
Enrique Ricardo Lewandowski	Presidente	FD - USP	APROVADO
Fernando Dias Menezes de Almeida	Titular	FD - USP	APROVADO
Heleno Taveira Torres	Titular	FD - USP	APROVADO
Silvio Luiz Ferreira da Rocha	Titular	Externo	APROVADO
Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo Santos	Titular	Externo	APROVADO

Resultado Final: APROVADO, SUMMA CUM LAUDE,

Parecer da Comissão Julgadora *

RECOMENDADA PARA A PUBLICAÇÃO


Eu, PROF. E.R. LEWANDOWSKI, lavrei a presente ata, que assino juntamente com
os(as) Senhores(as). São Paulo, aos 23 dias do mês de outubro de 2017.


Fernando Dias Menezes de Almeida


Heleno Taveira Torres



Silvio Luiz Ferreira da Rocha


Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo Santos


Enrique Ricardo Lewandowski
Presidente da Comissão Julgadora

* Obs: Se o candidato for reprovado por algum dos membros, o preenchimento do parecer é obrigatório.

A defesa foi homologada pela Comissão de Pós-Graduação em 10/11/17 e, portanto, o(a)
aluno(a) faz jus ao título de Doutor em Ciências obtido no Programa Direito - Área de concentração:
Direito do Estado.


Presidente da Comissão de Pós-Graduação
Faculdade de Direito de Campos Novos
Vice-Presidente, no exercício da
residência da CPG/FDUSP
Nº USP 2247136

Autorizo a reprodução e a divulgação parcial deste trabalho, por qualquer meio, convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

RESUMO

TOMELIN, Georghio Alessandro. **O Estado Jurislador**. 2017. 306p. Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017.

O Estado Democrático de Direito brasileiro está regulado por sua Constituição. Nela estão previstos os direitos fundamentais e a forma de organização dos poderes como meio de acesso aos direitos. Aos direitos fundamentais previstos no território somam-se os direitos inseridos nos tratados internacionais firmados pelo Brasil, que formam o Estatuto do Cidadão.

O papel dos poderes é garantir o Estatuto do Cidadão, pela repartição de ônus sociais via exercício prerrogativas estatais, com equilíbrio entre a autoridade dos agentes públicos e a liberdade dos indivíduos. O Judiciário assume papel protagonista na afetação de direitos no século XXI. A jurisprudência passa a compor a jurisfação do poder, circunscrevendo os elementos do debate político com a racionalidade do Direito.

A Era dos Direitos na globalização converte-se em Era dos Conflitos. O quadro de direitos decorrentes das pautas de condutas legisladas será ampliado pelo Judiciário. O presente trabalho estuda este novo equilíbrio de forças, denominando-o Estado Jurislador.

A injeção de conteúdo concreto no texto das normas abstratas por interpretação sempre existiu. No Estado Jurislador brasileiro, uma verticalização de posturas e entendimentos judiciais pode levar à hierarquização do Judiciário. O sistema de solução de controvérsias precisa manter a neutralidade e a imparcialidade, sem riscos para a segurança jurídica e para o livre convencimento do julgador.

O pluralismo de ideias e instituições deve ser aplicado aos órgãos judiciais, alargando-se o quadro de julgadores. Isto ampliará a legitimidade da Cúpula do Judiciário. Reformulando o modo de composição do Supremo Tribunal Federal, o Estado-Jurista poderá melhor utilizar sua racionalidade em prol do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Estado Jurislador; Separação de Poderes; Tripartição de funções estatais; Jurisfação; Pluralismo Político; Judiciário; Supremocracia; Estado Democrático de Direito; Estado de Exceção; Segurança jurídica; Precedentes judiciais; Racionalidade jurídica; Estado-Jurista; Jurisprudência vinculante; Súmulas; Protagonismo judicial; Mandatos Judiciais.

ABSTRACT

TOMELIN, Georghio Alessandro. **Juristocracy**. 2017. 306p. Doctorate. Faculty of Law, University of São Paulo, 2017.

The Rule of Law in the Brazilian Democracy is regulated by its Constitution. It provides for fundamental rights and the structure of powers as a means of access to rights. In addition to the fundamental rights applicable in the territory, there are the rights provided for international treaties signed by Brazil, which together form the so-called Citizen's Statute.

The role of the powers is to guarantee the Citizen's Statute, by allocating social burdens through state prerogatives, with a balance between the authority of public agents and the freedom of individuals. The Judicial Branch assumes a leading role in the allocation of rights in the 21st century. Jurisprudence becomes part of the "jurisfaction" of power, circumscribing the elements of the political debate by the rationality of Law.

The Age of Rights under globalization becomes the Age of Conflict. The Judicial Branch will broaden the framework of rights arising from the legislated conduct guidelines. The present work analyzes this new balance of forces, denominating it "Juristocracy".

The injection of concrete content into the text of abstract norms through interpretation has always existed. In Brazilian Juristocracy, a verticalization of judicial positions and understandings may lead to the hierarchy of the Judiciary. The dispute settlement system must maintain neutrality and impartiality, without jeopardizing legal certainty and the free conviction of the judges.

A pluralism of ideas and institutions must be put into practice to judicial bodies, widening the framework of judges. This will increase the legitimacy of the Supreme Court. By reformulating the composition of the Federal Supreme Court, the Judicial-State can better use its rationality in favor of the democratic Rule of Law.

Keywords: Juristocracy; Separation of Powers; Tripartition of State Functions; Jurisfaction; Political Pluralism; Judiciary; Supremocracy; rule-based Democracy; State of Exception; Legal Security; Judicial Precedents; Legal Rationality; Jurist State; Binding Jurisprudence; Precedents; Protagonist Judicial Branch; Judicial Mandates.

RÉSUMÉ

TOMELIN, Georghio Alessandro. **L'État Jurislatureur**. 2017. 306p. Doctorat. Faculté de Droit, Université de São Paulo, 2017.

L'État Démocratique de Droit brésilien est régulé par sa Constitution. Elle prévoit les droits fondamentaux et la forme d'organisation des pouvoirs comme moyen d'accès aux droits. Les droits fondamentaux prévus au Brésil s'ajoutent aux droits insérés dans les traités internationaux signés par le Pays, cet ensemble formant le Statut du Citoyen. Le rôle des pouvoirs est de garantir le Statut du Citoyen, par la répartition des charges sociales au moyen de l'exercice des prérogatives de l'État, tout en équilibrant l'autorité des agents publics et la liberté des individus. Le Pouvoir Judiciaire joue un rôle de premier plan dans l'attribution des droits au XXI^e Siècle. La jurisprudence fait maintenant partie de la « jurisfaction » du pouvoir, en circonscrivant les éléments du débat politique avec la rationalité du droit.

L'Ère des Droits dans la mondialisation se convertit en l'Ère des Conflits. Le cadre des droits découlant des lignes directrices de la conduite législative sera amplifié par le Judiciaire. La présente étude analyse ce nouvel équilibre des forces, le dénommant État Jurislatureur.

L'injection de contenu concret dans le texte des normes abstraites par interprétation a toujours existé. Dans l'État Jurislatureur brésilien, une verticalisation de positions et de compréhensions judiciaires peut mener à la hiérarchisation du Judiciaire. Le système de solution de controverses a besoin de garder sa neutralité et son impartialité, sans risques pour la sécurité juridique et la libre conviction du juge.

Le pluralisme d'idées et d'institutions doit être appliqué aux organismes judiciaires, en élargissant le cadre de juges. Ceci permettra d'augmenter la légitimité du sommet de la magistrature. En reformulant le mode de composition de la Cour Suprême Fédérale, l'État-Juriste pourra mieux se servir de sa rationalité en faveur de l'État Démocratique de Droit.

Mots-clés : État Jurislatureur ; Séparation de Pouvoirs ; Tripartition des Fonctions de l'État ; Jurisfaction ; Pluralisme Politique ; Pouvoir Judiciaire ; Suprémocratie ; État Démocratique de Droit ; État d'Exception ; Sécurité Juridique ; Précédents Judiciaires ; Rationalité Juridique ; État-Juriste ; Jurisprudence Contraignante ; Arrêté Officiel de Jurisprudence ; Pouvoir Judiciaire Protagoniste ; Mandats Judiciaires.

“Pendurar as lei tão alto, como fez Denis, o Tirano, que nenhum cidadão as pode ler, ou enterrá-las debaixo de um imponente aparato de sábios livros, de coleções de jurisprudência, opiniões de juristas e costumes, ainda por cima em língua estrangeira, de tal modo que o conhecimento do direito em vigor só seja acessível àqueles que especialmente se instruem, tudo isso constitui uma única e mesma injustiça.” **G. W. F. Hegel**

Princípios da Filosofia do Direito (§215).

SUMÁRIO

A - TEMA CENTRAL DA TESE	17
B - METODOLOGIA EMPREGADA	22
C - CAPÍTULOS	
CAPÍTULO 1. O SISTEMA DECISÓRIO NA HISTÓRIA	30
1.1. Monarquia constitucional brasileira	32
1.2. A agonia da primeira constituinte	33
1.3. Função moderadora entre órgãos e pessoas	35
1.4. A correlação de forças racionalmente justificada	37
1.5. Dominação pela racionalidade jurídica	39
1.6. Na contramão da cidadania ativa	42
1.7. O absolutismo jurídico e a interpretação judicial na atualidade	46
1.8. Um Judiciário livre em meio a um ambiente político sequestrado	49
CAPÍTULO 2. SEGURANÇA JURÍDICA PRA QUEM?	54
2.1. Formação local de uma elite insurgente	55
2.2. O nascimento do Supremo Tribunal Federal	58
2.3. Poder Moderador: do Conselho de Estado para a Corte Suprema	60
2.4. Função moderadora na Corte Judicial	64
2.5. Segurança jurídica: estabilidade e legitimação democrática	68
CAPÍTULO 3. INFLUÊNCIAS EXTERNAS	89
3.1. O protagonismo vem de fora	90
3.2. Abertura do modelo brasileiro no momento da aplicação do direito	94
3.3. Constitucionalismo multinível e fontes do direito	97

3.4. Diplomacia judiciária	101
3.5. O Leviatã jurisprudencial: Beemote	109
CAPÍTULO 4. IMPACTOS EXTRA-SISTÊMICOS	113
4.1. Influência oligárquica nos meios de comunicação	114
4.2. Colegialidade e competências monocráticas	116
4.3. Direitos jurisprudenciais “ex nihilo”	120
4.4. Modelo elitista vs. modelo de realidade	128
CAPÍTULO 5. JURISPRUDÊNCIA ADJUDICADA	131
5.1. A força da palavra dada	132
5.2. Atos criadores do direito	134
5.3. Construção de sentidos além das lacunas	137
5.4. Direcionamento prospectivo via racionalidade retrospectiva	142
5.5. Soberania da jurisdição inclusiva	145
5.6. O direito é uma teia de aranha	150
5.7. Uma maior abertura interpretativa	153
5.8. A vinculação hierárquica na Constituição	155
5.9. Súmulas vinculantes e repercussão geral	158
CAPÍTULO 6. O JULGADOR E AS TRADIÇÕES JURÍDICAS	169
6.1. Diferentes tradições jurídicas	171
6.2. Dicotomia entre Civil Law e Common Law	172
6.3. <i>Stare decisis et quieta non movere</i>	181
6.4. A figura pessoal do Magistrado	185
6.5. Origem histórica do magistrado brasileiro	189

CAPÍTULO 7. IMPACTOS DA OPERAÇÃO JUDICIAL CONCRETA	195
7.1. Visão democrática e coletiva sobre a jurisfação judicial	196
7.2. Independência objetiva na construção da Jurisdição	207
7.3. Construção coletiva da jurisprudência	216
CAPÍTULO 8. QUEM COMANDA A EXCEÇÃO?	221
8.1. O coeficiente de elasticidade das normas	223
8.2. Estado de exceção Judicial?	224
8.3. Limites interpretativos na hierarquização judicial	233
8.4. Disputas de narrativas e súmulas vinculantes	235
CAPÍTULO 9. MANDATOS JUDICIAIS E PLURALISMO	249
9.1. Interpretação pluralista: mandatos judiciais sem sabatina	251
9.2. Sistemas de nomeação judicial política	255
9.3. Desnecessidade de sabatina cruzada	258
9.4. Uma sala Constitucional dentro do Supremo	262
CAPÍTULO 10. PROCESSO CONSTITUCIONAL OBJETIVO	266
10.1. Releitura dos valores da sociedade pelo Judiciário	269
10.2. Instrumental do processo constitucional objetivo	273
10.3. Hierarquização judicial em abstrato	276
D – CONCLUSÕES	281
E - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	287

A - TEMA CENTRAL DA TESE

Será que toda lei é sempre a expressão da vontade geral? Faz sentido indagar se a jurisprudência poderia refletir diretamente a vontade geral sem a intermediação do comando legislativo? Ou existiria a possibilidade de legitimidade jurisprudencial autônoma ao lado das normas democraticamente produzidas pelo Parlamento?

O Estado Democrático de Direito envolve a repartição de funções entre os vários exercentes do poder de modo plural. Um efetivo pluralismo decorre do exercício do poder por diferentes grupos sociais com distintas visões de mundo. A sociedade jurídico-política brasileira poucas vezes se efetivou amplamente de um modo plural de forma a permitir a consagração das normas como clara expressão da vontade geral da maioria dos brasileiros. Tal pluralismo se efetiva por um diálogo constitucional aberto denominado metaconstitucionalismo.

Segundo o ideal democrático, o povo que convive decide como convive. A sociedade política se torna juridicamente organizada quando são estabelecidas pautas de conduta. A filtragem da ação individual pela coletividade se dará pelos mecanismos do Direito.

Da democracia direta até a autocracia existe a democracia indireta, exercida por representantes eleitos, e em todas elas o *absolutismo jurídico* encampa a vontade política e a juridiciza. É a jurisfação do poder. Denomina-se *absolutismo jurídico* a transformação da vontade autoritária ou democrática em valores jurídicos passíveis de imposição e coerção estatal.

O Estado de Direito é o que utiliza a norma jurídica como elemento de conexão entre a vontade geral e a vontade estatal. De fato, a legitimação democrática é o critério que imanta essa relação. O papel do Estado é exercer a autoridade para estabelecer parâmetros para a liberdade dos indivíduos. Nossa hipótese de pesquisa parte do pressuposto de que, com a atuação expansiva do Judiciário, existiria hoje mais um protagonista na produção de pautas de conduta.

Teremos um Estado Jurislador na hipótese em que a Jurisprudência vier a assumir o traçado das condutas sociais juridicamente aceitas. Grafaremos “Jurisprudência” com letra inicial maiúscula para referir à ciência do direito, com a vênia dos que entendem que não existira uma ciência jurídica, pois estamos diante de objeto que varia no tempo e no espaço. E lançaremos “jurisprudência” com letra inicial minúscula nas vezes em que nos referirmos à atuação concreta dos tribunais, pois o tema de Teoria Geral do Estado será aqui tratado no plano da abstração, complementado com a experiência empírica brasileira.

Pautas de conduta do ponto de vista jurídico tanto podem ser aquelas votadas, diretamente pelo povo ou indiretamente pelos representantes, quanto as produzidas pela jurisprudência ampliativa. Assim, partiremos da suposição de que, já hoje, temos um Estado Jurislador no Brasil. A expressão “Jurislador” serve para descrever o fenômeno no qual instâncias judiciais crescentemente passam a definir o conteúdo das normas. Estudaremos tal evolução sob o prisma da Teoria Geral do Estado sem olvidar a ciência do direito. O direito, em nossa visão, é uma ciência humana com método e princípios próprios.

Muito se tem debatido acerca do ativismo ou do protagonismo judicial, pelo que, aparentemente, se estaria alterando via interpretação o conteúdo das normas legais. Assumindo tal cenário como verdadeiro, pretendemos analisar o quadro jurídico-político atual, para verificar se ainda prevalece o princípio da separação dos poderes entre as funções de Estado originariamente concebidas em nossa Constituição.

No presente trabalho estudaremos o caráter supostamente cambiante da tripartição de poderes quando se cuida da produção normativa. Esta mudança varia nas coordenadas espaço-temporais, e assume graus diferentes nos vários sistemas jurídicos. Centralizaremos nossa análise no sistema brasileiro, mas sem deixar de tomar em consideração o que tem ocorrido no estrangeiro. Alguns autores têm utilizado “juristocracia” ou “supremocracia” para descrever tal realidade, com atenção maior para o que consideram ser um abuso do direito de interpretar. Podemos encontrar mesmo quem defina tudo como um estado de exceção judicial. Preferimos a expressão “Estado Jurislador” porque entendemos que ela melhor

recobre uma leitura de regularidade jurídica vigiada. É o que estamos propondo, a bem da segurança jurídica.

A segurança jurídica é o fundamento útil dos institutos do Direito: a antítese da informalidade. No Estado de Direito há maior segurança pela possibilidade de antecipar determinadas balizas para as relações sociais, conflitivas ou não-conflitivas. Caso isso não ocorra, existe o risco de perda de legitimidade institucional.

Segurança é previsibilidade. No devido processo legislativo (que é público e tem sua racionalidade própria) assegura-se, ademais, a garantia de legítima participação de grupos de interesse da sociedade. Isso nos permite presumir que a sociedade foi informada do conteúdo das normas. No entanto, em alguns temas, na redefinição do tradicional equilíbrio entre os poderes, o fenômeno da preponderância judicial pode revelar-se benéfico para a sociedade. Com o surgimento do Estado Jurislador, vão-se assegurar maior celeridade e homogeneização na solução das demandas. Temos, em paralelo, o fenômeno adicional da produção anômala de normas, que será aceitável, em tese, desde que se evitem surpresas e retrocessos quanto aos direitos fundamentais.

Desde o surgimento dos tribunais brasileiros até a ampliação do quadro de atribuições judicantes com a “Constituição Cidadã”, houve crescente ampliação da atuação dos magistrados. Consequentemente, um maior espaço foi aberto ao protagonismo judicial. Primeiramente foi incrementada a via de acesso ao controle concentrado, no concernente ao rol de legitimados ativos, em comparação com as cartas anteriores (eis que os constituintes em 1988 expandiram aquilo que o período castrense já havia estabelecido com a Emenda nº 16/1965). Em seguida, registrou-se a “desuetudo” do procedimento previsto no art. 52, inc. X, disfunção esta que se deve a um Senado que desconsidera as comunicações do Supremo Tribunal Federal.

Na sequência, operou-se impacto significativo na fiscalização abstrata de constitucionalidade. A Emenda Constitucional nº 45/2004 criou novos mecanismos de vinculação vertical de instâncias judiciais mediante a possibilidade de súmulas vinculantes (os quais já haviam surgido com a Emenda Constitucional

nº 3/1993). E, por fim, com a edição do recente Código de Processo Civil brasileiro de 2015, expandiram-se os instrumentos da jurisprudência vinculante (com grande importância para a reclamação, a repercussão geral, o incidente de demandas repetitivas, entre outros institutos processuais).

É possível, sim, cogitar-se de um Estado Jurislador que mediante análises jurídicas racionais incrementa a segurança jurídica. Alterações sistêmicas adiante sugeridas teriam o condão, a nosso ver, de ampliar a legitimidade desse sistema atípico de produção normativa. Tudo mediado por uma liberdade hermenêutica vigiada, a um só tempo, pelo princípio democrático e pelo elenco irretrotraível de direitos fundamentais do cidadão.

A lei no Brasil nem sempre é a expressão da vontade geral, como deveria ser em um plano ideal, porque não existem canais adequados que garantam efetiva aferição da vontade geral. E aí se encarta a grande potencialidade de um racional sistema de filtro do quadro normativo. O que se torna imperioso é que o protagonismo judicial seja exercido por um colegiado recrutado de forma plural. A falta de canais diretos de controle do mérito judicial pelo cidadão pode se coadunar com a força expansiva da jurisprudência, desde que sua produção opere como filtro legítimo de anseios populares, para além da subjetividade individual dos magistrados.

Nosso País pretende se inserir no concerto das nações democráticas ocidentais, tal como sugerem os princípios basilares de nossa Constituição, a partir dos valores da civilização ocidental. No modelo de Estado Jurislador estudaremos esse novo fenômeno sem perder de vista os eventuais impactos no Estatuto do Cidadão. Denominamos Estatuto do Cidadão o quadro de direitos fundamentais plasmado no texto magno e nos tratados internacionais.

Iremos nos debruçar sobre a ampliação do espaço de influência normativa da Corte Suprema (e do Judiciário em geral), com foco maior nas consequências do exercício das competências decorrentes do processo constitucional objetivo. Isto porque se consolida hoje o exercício de uma atividade legiferante atípica pelo Judiciário, o que aponta para sua posição topográfica exponencial no cume dos poderes da República.

Poderíamos, então, afirmar que o Estado Jurislador desponta em um momento histórico no qual a interpretação pretoriana pode ter mais força do que uma emenda à Constituição? E que ainda assim se estaria a ampliar o Estatuto do Cidadão por mecanismos hermenêuticos colegiados de reforço à legitimação democrática? É o que tentaremos demonstrar.

B - METODOLOGIA EMPREGADA

Toda análise é uma correlação de fenômenos que vai além da unidade inicial. Sempre que se tenta compreender um sistema é necessário decompor mentalmente seus elementos. O objeto de estudo desta tese é o funcionamento expansivo do Judiciário.

Em alguns momentos, a leitura parcial de blocos de raciocínios aqui apresentados pode induzir à compreensão de que estaria em curso uma implosão de tudo que existe. Não é verdade. A presente tese homenageia o Judiciário. Pretende comprovar que o sistema judiciário brasileiro está em evolução. E que isto serve para o bem de todos.

Qualquer análise que se promove parte inicialmente da oposição entre a contradição e a síntese¹. Esta contradição será constatada e verificada sobre alguns elementos iniciais de verdade. Claro que “mesmo a versão unânime é ‘versão’ e pode estar equivocada”². Isso autoriza o leitor a duvidar dos pressupostos dos raciocínios aqui lançados, e nosso trabalho será o de demonstrar o acerto das nossas conclusões.

Partiremos do pressuposto de que o século XIX foi o século do Poder Legislativo: da afirmação da soberania popular diante de um Estado mínimo³. No século XIX, firmou-se em definitivo que a lei não era apenas algo escrito para que

¹ Neste sentido ver Antônio Joaquim Severino, em “Metodologia do Trabalho Científico”, 24ª edição, Cortez Editora, 2016, p. 87.

² Cf. Pedro Demo, em “Metodologia do Conhecimento Científico”, Atlas, 2000, p. 129.

³ Neste sentido, cf. Enrique Ricardo Lewandowski, em “O protagonismo do Poder Judiciário na era dos direitos”, publicado na Revista de Direito Administrativo v. 251 (maio/ agosto 2009), referente a palestra proferida na Escola de Direito da FGV em 29 de agosto de 2009: “O século XIX foi o século do Poder Legislativo, o século do Estado mínimo, do Estado não intervencionista, Estado que presidia uma sociedade predominantemente rural. Claro que existiam cidades, mas a vida era praticamente uma vida rural, uma vida onde o tempo transcorria de forma muito lenta; então, era perfeitamentepossível que a tomada de decisão se desse num fórum relativamente grande, complexo, no que diz respeito à tomada de decisão, que era o Poder Legislativo, e que, por sinal, naquele momento histórico concentrava, aqueles que empolgavam o poder político em suas mãos, que era a burguesia triunfante, que vinha das revoluções liberais burguesas do século imediatamente antecedente, como grande parcela da sociedade vencedora, seja no âmbito econômico, seja no âmbito político.”

pudesse ser lido e respeitado (um dos sentidos de “lego” em latim, que significa “ler em voz alta”). Como consequência do anterior século das luzes, é no século XIX que o Legislativo vai incorporar o discurso da legitimação dos Parlamentos como representantes da vontade popular.

Já o século XX qualificou-se pela prevalência do Poder Executivo⁴. A atividade administrativa regulamentar, via decreto, por vezes chega a suplantar a produção de normas votadas. Na Alemanha, por exemplo, até mesmo o regime de garantias da Constituição de Weimar foi sendo modificado por decreto.

E, finalmente, o século XXI se abre como o século do Judiciário. O Judiciário brasileiro está sendo remodelado para enfrentar os resquícios de um Executivo hipertrofiado e de um Legislativo deslegitimado. Há inúmeros autores de peso que demonstram o protagonismo judicial, em detrimento dos demais poderes. Vamos interpretar suas obras e toma-las como ponto de partida o percurso que estes já trilharam.

“Interpretar, em sentido estrito, é tomar uma posição própria a respeito de ideias enunciadas, é superar a estrita mensagem do texto”⁵, afirma Antônio Joaquim Severino. É evidente que não temos a ilusão do fundamento absoluto nesta conexão entre nossas leituras da realidade e avaliações subjetivas. Norberto Bobbio explica em “A Era dos Direitos” que a “busca do fundamento nasce da ilusão do fundamento absoluto, ou seja, a ilusão de que – de tanto acumular e elaborar razões e argumentos – terminaremos por encontrar a razão e o argumento irresistível, ao qual ninguém poderá recusar a própria adesão.”⁶ Claro que não existe o fundamento absoluto, mas há sim condições de se localizar a evolução do discurso dominante e os modos de fazer do direito. “O conteúdo” – como diz Hegel

⁴ Neste sentido, cf. Enrique Ricardo Lewandowski, em “O protagonismo do Poder Judiciário na era dos direitos”, publicado na Revista de Direito Administrativo v. 251 (maio/ agosto 2009), referente a palestra proferida na Escola de Direito da FGV em 29 de agosto de 2009: “O século XX foi o século em que o grande protagonista foi o Poder Executivo, o século que exigia do Estado respostas rápidas, imediatas aos estímulos. O século da Revolução Russa de 1917, o século da Primeira Guerra Mundial de 1914 a 1918, o século da Segunda Grande Guerra, que terminou em 1945, o século da globalização econômica, em que o Estado, por meio de seu órgão mais ativo, mais avançado, exercia um protagonismo maior.”

⁵ Neste sentido ver Antônio Joaquim Severino, em “Metodologia do Trabalho Científico”, 24ª edição, Cortez Editora, 2016, p. 63.

– “é o sistema do *lógico*. Como *forma*, nada resta aqui à ideia senão o *método* desse conteúdo: o saber determinado do valor de seus momentos”⁷.

Não existe o fundamento absoluto pois as contingências se transfiguram. “Tal transfiguração exige pensar a totalidade como um sistema aberto ao desequilíbrio periódico, pois a integração contínua de novos elementos inicialmente experimentados como contingentes e indeterminados reconfigura o sentido dos demais”⁸, afirma Vladimir Safatle no prefácio da obra “Três estudos sobre Hegel” de Theodor W. Adorno. Aceitar as alterações na realidade como método de estudo envolve o perigo inerente à mudança. Desta evolução poderão resultar melhorias que precisam ser compreendidas. Tendo por base tais pressupostos pretendemos ler o Judiciário atual.

Assim, encontraremos o fundamento de nossas conclusões na dinâmica do processo histórico da justiça brasileira, a partir dos momentos que essa evolução impacta na realidade. Muitos recortes são possíveis, pois a Justiça tem muitas atribuições. Nosso corte epistemológico será o estudo da manifestação normativa atípica do Judiciário sobre o sistema político como um todo. Esta visão assumidamente globalizante se compadece com o “respeito à tessitura organizativa das realidades complexas”⁹.

Tal realidade judiciária complexa será estudada de modo sincrônico e diacrônico. “É sincrônico tudo quanto se relacione com o aspecto estático da nossa ciência, diacrônico tudo que diz respeito às evoluções”, afirma Ferdinand de Saussure¹⁰. Tentaremos utilizar a relação de sincronia como ponto de partida, uma fotografia jurídico-legal apoiada na noção de linguística sincrônica, que, segundo

⁶ Cf. Norberto Bobbio, em “A Era dos Direitos”, nona edição, Elsevier, 26ª tiragem, tradução de Carlos Nelson Coutinho, 2004, p. 16.

⁷ Cf. G. W. F. Hegel, na “Enciclopédia das Ciências Filosóficas (1830)”, vol. I, A ciência da lógica, verbete “a ideia absoluta”, traduzido por Paulo Meneses, Edições Loyola, 1995, nos §§236 e 237, pp. 366/367.

⁸ Cf. Vladimir Safatle, no prefácio da obra “Três estudos sobre Hegel”, de Theodor W. Adorno, Editora Unesp, tradução Ulisses Razzante Vaccari, 2013, p. 28.

⁹ Cf. Pedro Demo, em “Metodologia do Conhecimento Científico”, Atlas, 2000, p. 132.

¹⁰ Cf. Ferdinand de Saussure, no “Curso de Linguística Geral”, tradução de Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein, editora Cultrix, 24ª edição, 2000, p. 96.

Saussure, é a que “se ocupará das relações lógicas e psicológicas”¹¹. Pela leitura dos dispositivos constitucionais que alargaram a atuação do Judiciário, em visão diacrônica evolutiva, promoveremos o estudo das “relações que unem termos sucessivos não percebidos por uma mesma consciência coletiva e que se substituem uns aos outros sem formar sistema entre si”.¹²

Há densidade descritiva desta realidade graças a inúmeros trabalhos de fôlego sobre ativismo ou protagonismo judicial. Não se faz necessário repisar todos os pressupostos destes estudos, mas iremos, é claro, promover os recortes cabíveis para a abordagem aqui apresentada.¹³ Não se faz necessário retornar à evolução do tema ao longo dos anos a partir das bases lançadas pelo historiador Arthur Schlesinger Jr. na revista “*Fortune*” de 1947.¹⁴ Há muitos estudos históricos e sociológicos que trabalham o tema entre nós, sendo que o tema já ganhou aqui também espaço nos jornais.¹⁵

Relembre-se que o método científico não é unitário ou exclusivista. Vários métodos podem compor a sistemática de aproximação do objeto. Falamos em “método de abordagem” em uma perspectiva abstrata (v.g.: métodos indutivo, dedutivo, hipotético-dedutivo e dialético). Classificam-se como “métodos de procedimento” os conectados às etapas mais concretas da investigação (v.g.:

¹¹ Cf. Ferdinand de Saussure, “Curso de Lingüística Geral”, tradução de Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein, editora Cultrix, 24ª edição, 2000, p. 116.

¹² Cf. Ferdinand de Saussure, “Curso de Lingüística Geral”, p. 116.

¹³ Segundo Agostin Gordillo, “convém selecionar os argumentos, evitando a pretensão de esgotar o tema no plano normativo, jurisprudencial ou teórico”, até porque “todo excesso de argumentação jurídica oscila entre ser inútil e prejudicial”. Na obra “El método em direito”, Editorial Civitas, Madrid, 1997, pp. 173/174.

¹⁴ O primeiro registro da utilização da expressão “activist” em oposição a “self restraint” se deu na revista *Fortune* de 1947, a qual foi multi-referida posteriormente em vários estudos e decisões judiciais pelo mundo sobre o tema do ativismo ou protagonismo judicial. No artigo “The Origin and Current Meaning of Judicial Activism”, Keenan D. Kmiec, retoma a posição de Schlesinger sobre o embate entre juízes não-eleitos e normas votadas: “Arthur Schlesinger Jr. introduced the term “judicial activism” to the public in a *Fortune* magazine article in January 1947. Schlesinger's article profiled all nine Supreme Court justices on the Court at that time and explained the alliances and divisions among them. The article characterized Justices Black, Douglas, Murphy, and Rutledge as the ‘Judicial Activists’ and Justices Frankfurter, Jackson, and Burton as the ‘Champions of Self Restraint’. Justice Reed and Chief Justice Vinson comprised a middle group.” Na “*California Law Review*”, October 2004, Vol. 92, Issue 5, p. 1449.

¹⁵ José Reinaldo de Lima Lopes, professor titular da USP, importante pesquisador da história, da filosofia e da sociologia do direito brasileiro, publicou um artigo no Jornal Folha de São Paulo de 5 de março de 2017, no Caderno Ilustríssima, p. 4, no qual resume para o grande público a situação do

métodos histórico, comparativo, monográfico, estatístico, tipológico, funcionalista e estruturalista). Segundo Caio Prado Junior:

“O conhecimento, representado essencialmente pela *conceituação*, que é o conjunto de representações mentais conceptualizadas, isto é, elaboradas pelo pensamento na base da experiência, conservadas na memória do homem, e registradas sobretudo sob forma de linguagem, o conhecimento se apresenta sob forma de *relações conceptuais* que exprimem e traduzem mentalmente as interconexões e a unidade fundamental da Realidade objetiva.”¹⁶

Para atingir esta realidade jurídica aqui objetivamente pressuposta, nosso *método de abordagem*¹⁷ será o dialético, via separação sistemática dos contrários em uma perspectiva hegeliana¹⁸. Para Marina de Andrade Marconi e Eva Maria Lakatos, o “hegelianismo é um sistema, uma construção lógica, racional, coerente, que pretende aprender o real em sua totalidade”¹⁹.

Desde o direito romano, a “divisio” parece que domina o raciocínio dos juristas. “Divisio” é justamente o modo de raciocínio por contrários que, na visão hegeliana, são complementares para a busca da plenitude, ainda que isso possa representar uma visão idealista da realidade. Hegel vai mais longe na complementariedade dos contrários, do que o pensamento clássico que apoiava a dialética na retórica. Para Hegel, o idealismo constrói a soberania compondo-a por membros integrados, e se um deles se isola, temos uma doença.²⁰ Isto porque para ele o “caráter fundamental do Estado político é a unidade substancial como idealidade dos seus momentos.”²¹

ativismo judicial brasileiro, sob o título “O Supremo e as crises da República – STF é palco de batalha por liberdades e direitos”.

¹⁶ Cf. Caio Prado Junior, em “Dialética do Conhecimento”, Tomo II – História da Dialética – Lógica Dialética, 5ª edição, São Paulo, Editora Brasiliense, 1969, pp. 623/624.

¹⁷ Os métodos de abordagem são os que possuem maior nível de abstração. Segundo Marconi e Lakatos em “Metodologia Científica”, 7ª edição, Editora Atlas, 2017, pp. 84/85, são os métodos: indutivo, dedutivo, hipotético-dedutivo e dialético.

¹⁸ Ver Antonio Henriques e João Bosco Medeiros, em “Metodologia Científica na Pesquisa Jurídica”, 9ª edição, Atlas, 2017, p. 42.

¹⁹ Marconi e Lakatos em “Metodologia Científica”, 7ª edição, Editora Atlas, 2017, p. 75.

²⁰ Cf. G. W. F. Hegel, em “Princípios da Filosofia do Direito”, tradução de Orlando Vitorino, 1ª edição, 4ª tiragem, São Paulo, Martins Fontes, 2009, p. 253 (§278).

²¹ Ob. cit., p. 252 (§276)..

A dialética teve vários sentidos ao longo da história, sendo por vezes muito criticada²². Foi com Hegel que a visão de “momento dialético” permitiu compreender que a evolução dos conceitos surge do debate de contrários. Daí o uso moderno, depois de Hegel, da dialética “para designar todos os encadeamentos de pensamento nos quais o espírito se envolve gradualmente sem se poder deter em nada de satisfatório antes da última etapa”²³.

Se vamos buscar conceitos jurídicos em sua dialeticidade histórica, temos que analisar a realidade coerentemente, para tentar encontrar uma nova idealidade com probabilidade real de gerir o espaço jurídico. Para Miguel Reale, o Direito deve ser concebido “como atualização crescente de Justiça”, o que será determinado pela “experiência social e histórica do homem”²⁴. Ainda para Miguel Reale, na sua “Filosofia do Direito”, há dois extremos a evitar: nem podemos projetar a ideia de Justiça para fora do processo da juridicidade positiva (Stammler e Del Vecchio), nem devemos amalgamar completamente positividade e justiça ou indivíduo e sociedade (Hegel, Gentile, Binder). Vamos imprimir uma visão científica ao direito, sem desconhecer os autores que questionam tal possibilidade.²⁵

Por isso, julgamos o método dialético o mais adequado ao presente trabalho, pois vamos comparar os sistemas do “common law” e do “civil law”. A compreensão do espírito ou da tradição de tais modelos nos servirá de apoio para

²² Segundo Nicola Abbagnano: “ao longo de sua história, a noção de Dialética assumiu quatro significados fundamentais aparentados mas diferentes. Embora o último seja o mais difundido hoje em filosofia, e a ele seja feitas as referências mais frequentes em linguagem comum (Dialética da história, Dialética da vida política, Dialética espiritual, Dialética dos partidos, etc.), também é o significado mais descreditado por haver servido como uma espécie de fórmula mágica, capaz de justificar tudo o que aconteceu no passado e que se prevê ou se espera que aconteça no futuro.” No “Dicionário de Filosofia”, tradução de Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti, Martins Fontes, 2000, p. 274.

²³ Cf. André Lalande, em “Vocabulário – técnico e crítico – da Filosofia”, tradução de Fátima Sá Correia, Maria Emilia Aguiar, José Eduardo Torres e Maria Gorete de Sousa, vol. I, Porto, Rés Editora, p. 301.

²⁴ Os dois trechos foram colhidos da obra “Filosofia do Direito” de Miguel Reale, Editora Saraiva, 19ª edição, 1999, p. 700.

²⁵ Segundo Rainer Maria Kiesow: “Tout est possible dans l'interprétation : c'est pour cela que la science du droit est inutile, comme Kirchmann l'a montré mieux que personne d'autre, et c'est pour cela que le code n'est pas *le code* et qu'il se perd dans les tourbillons de ses diverses 'applications'. Seuls les alcooliques de la scientificité pouvaient penser que la merveilleuse activité des juristes, cette activité tellement constructive, inventive, imaginative, basée sur l'interprétation, serait une science. En vérité, il n'y a là que des opinions, peut-être des arguments, qui ne sont rien d'autre que des opinions. Kirchmann avait raison : ‘Le droit est éternellement en avant de la science’ » (“L'unité du droit”, 2014, p. 43).

tentarmos prever como vai evoluir o direito brasileiro. O sistema de precedentes à brasileira já é objeto de vários estudos de direito processual. Pretendemos aqui promover leitura similar, circunscrita pelos elementos da Teoria Geral do Estado.

Nosso método de abordagem para apreensão da realidade jurídica será prioritariamente dialético, o que não exclui a utilização dos métodos indutivo, dedutivo ou hipotético-dedutivo para questões pontuais quando for o caso. O tema aqui abordado exige o uso concomitante de vários métodos²⁶. O foco central será uma avaliação racional da realidade constitucional. Karl Popper²⁷ atribui à influência de Hegel a filosofia da identidade entre razão e realidade: “entre a resposta epistemológica de Kant ‘*Porque a inteligência forma o mundo*’ e o princípio da identidade de Hegel ‘*Porque a razão é o mundo*’ – existe historicamente uma ponte – que é a resposta de Fichte ‘*Porque o meu espírito cria o mundo*’ ”²⁸.

Uma vez estudada a realidade constitucional, pontualmente no que se refere ao Judiciário, utilizaremos o método histórico-comparativo como *método de procedimento*²⁹. Não vamos estruturar nosso raciocínio com método experimental sobre o funcionamento da economia interna das cortes brasileiras. Nem com métodos estatísticos sobre o julgamento de determinados temas judiciais. Tampouco utilizaremos o método clínico de entrevistas ou debates com autoridades públicas, pois nossa abordagem não é sociológica³⁰. Não que tais

²⁶ Segundo Marconi e Lakatos, Popper oscila entre ser um “realista crítico” e um “racionalista crítico”, pois seu método central é o de circunscrever criticamente um problema para em seguida apresentar possíveis soluções. Popper utiliza o método hipotético-dedutivo pela construção de conjecturas que são submetidas a uma discussão crítica intersubjetiva e testes de falseamento. Pretendemos em linha semelhante confrontar os vários autores e suas apreensões da realidade constitucional com nossa visão de mundo sobre o Judiciário. Cf. Marconi e Lakatos em “Metodologia Científica”, 7ª edição, Editora Atlas, 2017, p. 91.

²⁷ Marconi e Lakatos em “Metodologia Científica”, 7ª edição, Editora Atlas, 2017, p. 63/64.

²⁸ Cf. Karl Popper, em “O racionalismo crítico na política”, tradução de Maria da Conceição Côrte-Real, 2.ed., Editora UnB, 1994, p. 39.

²⁹ Os métodos de procedimento representam as etapas mais concretas da investigação para fins de explicação dos fenômenos menos abstratos. Segundo Marconi e Lakatos em “Metodologia Científica”, 7ª edição, Editora Atlas, 2017, pp. 85/91, são métodos de procedimento os métodos: histórico, comparativo, monográfico, estatístico, tipológico, funcionalista e estruturalista.

³⁰ Afirma Marcelo Figueiredo sobre o estudo da multiplicidade de centro de poder no Estado Nacional contemporâneo: “Não importa estudar – sociológica ou antropologicamente – como se deu esse processo. O que parece certo e inexorável é constatar a existência de vários centros de decisão política que transcendem ao Estado e que acabam por vincular tanto os poderes públicos como os cidadãos.” Na obra coletiva “Constitucionalismo multinível e pluralismo jurídico”, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2017, p. 113.

métodos não sejam importantes. Mas sim porque o foco da presente tese é um esforço de análise racional do sistema jurídico e de sua possível evolução, partindo do quadro doutrinário já existente, do qual se extraem importantes avaliações sobre a realidade constitucional atual.

Uma avaliação prevalentemente teórica se presta a tanto, sem sombra de dúvidas, pois a teoria pode antever fatos, quando os delinea com rigor e uniformidade³¹. Conectando-os à teoria, teremos uma visão prospectiva e retrospectiva da realidade brasileira.

Utilizaremos uma visão teórica no estado atual da arte. Ademais, Savigny não estava errado quando disse, já na primeira metade do século XIX, que “o objetivo da ciência é apresentar historicamente as funções legislativas de um Estado”³². E assim também pensou Portalis, no seu discurso preliminar sobre o primeiro projeto de Código Civil, em 1801, quando afirmou que “não podemos viver sem leis nem sem jurisprudência”, para concluir que “os Códigos do Povo se fazem com o tempo” (EFI)³³. É na dialeticidade da evolução Judiciária que a sociedade produz o seu quadro jurídico.

Depois de todas as análises aqui propostas, pretendemos demonstrar que o direito (i) é sim uma ciência formal auto-afirmada perante a sociedade, (ii) com a função de interpretar historicamente a jurisprudência, e (iii) de modo a organizar as pautas sociais que o tempo incorporou. A expressão *Estado Jurislador* é a expressão que propomos para fins de recobrir a realidade descrita.

³¹ Marconi e Lakatos em “Metodologia Científica”, 7ª edição, Editora Atlas, 2017, p. 99.

³² Friedrich Karl Von Savigny, em “Metodologia Jurídica”, Depalma, tradução de J. J. Santa-Pinter, 1979, p. 6.

³³ Cf. Portalis no « Discours préliminaire du premier projet de Code civil (1801) » : « on ne peut pas plus se passer de jurisprudence que de lois ». Tal texto é de domínio público e “encontrável facilmente na internet” (EFI). As referências bibliográficas servem para facilitar acesso, e os meios digitais tornaram isso uma obviedade em muitos casos. Por isso propomos a sigla EFI, que poderia ser traduzida para o inglês como “easily found on the internet”, pois qualquer motor de busca localiza o texto integral e o trecho referido em questão de milésimos de segundos.

CAPÍTULO 1. O SISTEMA DECISÓRIO NA HISTÓRIA

Deliberações jurídicas sem apoio em limites fundamentados no direito são decisões puras de poder.

O direito é filho da política e exerce papel fundamental na estrutura de dominação do Estado. Após a Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, intensificou-se a migração da produção normativa do Parlamento para as instituições judiciárias.

O cenário atual começara a tomar forma com a Constituição de 5 de outubro de 1988. Naquele momento, a possibilidade de controle concreto e abstrato de constitucionalidade ficou amplamente expandida em nosso sistema constitucional.

Ao longo das duas décadas que se seguiram após 88, o Supremo Tribunal Federal – que não foi constituído como Conselho Constitucional – passou a assumir um protagonismo cada vez maior. Tal protagonismo modificou a forma pela qual o Supremo atua como Corte de Cassação e o modo pelo qual prolata decisões com efeitos externos à Corte. Tal funcionalidade expandida interfere na tripartição de poderes e na força do Executivo e do Parlamento para gerir a vida dos cidadãos. Decisões de poder passam a ser tomadas sem que os instrumentos de garantia da cidadania sejam ativados.

A separação de poderes clássica envolvia, ao menos em sua descrição doutrinária, uma divisão estanque de funções. Tal divisão pretendia apartar as funções de produzir normas da atribuição de as aplicar. E, ainda, apartar a aplicação contenciosa pelo Judiciário da aplicação direta pelo administrador. No final do dia, o que se pretendia era comunicar ao cidadão, em antecipação, de qual órgão de poder poderia vir a ordem sancionatória.

No Estado Jurislador teremos uma proeminência do instrumental do direito e dos mecanismos judiciais de delimitação de conceitos e institutos. O cidadão terá que olhar mais para a racionalidade decisória do que, organicamente,

para o ente emissor da restrição. A tendência será controlar melhor as condicionantes que formam a atuação do prolator da sanção.

A ideia clássica de tripartição é a de que devemos apartar a função de produzir normas (legislativa) da atribuição de as aplicar (bipartida entre “rule making” e “law enforcement”). Com a evolução surge a diferenciação da aplicação forçada da norma: contenciosa pelo Judiciário e “de ofício” pelo administrador do Poder Executivo.

Esta divisão de poderes ou de funções serve justamente para garantir uma equânime distribuição das cargas públicas e ônus sociais. O que se desejou implantar com a separação de poderes foi garantir que os mais fortes não ultrapassem regras escolhidas de comum acordo e, menos ainda, que destruam os mais fracos.

Claro que isto gera duas ordens de problemas: saber da força na produção das normas e do cabimento de sua incidência sobre os casos concretos. Temos na essência um problema conectado à repartição da riqueza e o modo como os Poderes do Estado gerenciam os interesses.

Jean Bodin já alertava para o fato de que a riqueza excessiva de alguns diante de outros é sempre o estopim que desencadeia a revolução. E é justamente para evitar que muitos se voltem contra os privilégios de poucos que surge a separação de poderes, como meio de absorver o entrechoque entre os diferentes interesses sociais em jogo. O papel do direito é produzir normatização e normalização de condutas.

Michel Foucault traduzia como sendo a utilidade da normalização da sociedade a de impedir juridicamente a guerra de todos contra todos. Diz Bodin que *o mecanismo básico de revolta sedicional, que pode conduzir a modificações substanciais na república, está justamente na pobreza da maioria diante da riqueza excessiva* (tradução livre)³⁴.

³⁴ Diz o texto original de Bodin: “Révolution d’origine sociale. De toutes les causes des séditions, et changements de Républiques, il n’y en a point de plus grandes que les richesses excessives de peu de sujets, et la pauvreté extrême de la plupart” (no Livro V, capítulo 2: “Les moyens de remédier aux changements des Républiques, qui adviennent pour les richesses excessives des uns et pauvreté extrême des autres”, pp. 488/491, recolhido nos extratos “De la République – Extraits”, Paris,

Para o fim de compreender o funcionamento do Estado Jurislador no Brasil partiremos do estudo do surgimento da República no Brasil. Nossa análise se iniciará com a verificação dos primeiros conflitos que deram início ao nosso sistema constitucional e aos poderes nele implantados.

Com esta análise pretendemos buscar caminhos para descobrir como a atuação abstrata dos poderes em sua relação de dominação pode ser utilizada como meio de ampliar a cidadania ativa. Para além de um discurso de exortação aos direitos fundamentais, acreditamos ser necessário buscar maior legitimação dos órgãos de Poder que lhes servem de meios de acesso aos direitos.

1.1. Monarquia constitucional brasileira

Partamos dos embates que ladearam nossa primeira Constituição em 1824. Deixemos de lado a Constituição de Cádiz³⁵, que é tema com maior relevância entre os historiadores.

Nossa primeira Constituição nasce de um processo constituinte atrapalhado. Houve embates entre os interesses dos portugueses nacionalistas, com os portugueses exploradores e os brasileiros.

O real motivo pelo qual o Príncipe Regente do Brasil³⁶ rompeu com José Bonifácio de Andrada e Silva³⁷, em 1823, foi a não-concordância com o modelo de monarquia constitucional por ele defendido. José Bonifácio pretendia um sistema constitucional no qual a pauta legislativa pudesse, de fato, vir a amarrar a chefia do Executivo. Pela herança de Portugal, o poder era exercido quase que de modo

Librairie de Médicis, pp. 70/71, 1949). No corpo do texto desta tese estarão traduções-livres dos conteúdos selecionados no original sempre que possível (ou de traduções publicadas no Brasil quando de boa qualidade). Os textos originais seguem em nota de rodapé para verificação e releitura.

³⁵ “Em 21 de abril de 1821, no Rio de Janeiro, D. João VI jurou a Constituição de Cádiz e publicou-a por decreto. Revogou-a no dia seguinte”, relembra Helga Maria Saboia Bezerra, no artigo “A Constituição de Cádiz de 1812”, publicado na RIL v. 50, n. 198, abril/junho 2013, p. 99.

³⁶ O Príncipe Regente era chamado de “Dom Pedro I” pelos brasileiros desde a independência em 1822, mas somente seria reconhecido como Dom Pedro I pela Coroa Portuguesa, com o Tratado de Paz, Amizade e Aliança, o Tratado do Rio de Janeiro em 29 de agosto de 1825.

isolado, pelo Imperador Titular, no concernente às decisões administrativas. O rei podia ou não concordar com as opiniões de seus ministros e prepostos.

As razões da discordância do Imperador-regente (ou príncipe regente) se fundavam em suas obrigações de protetor dos interesses de uma casta superior, da qual o imperador se julgava herdeiro e representante exclusivo. Basta lembrar que seu pai, Dom João VI, mantinha o título de Imperador Titular do Brasil.

O Regente português não admitia a hipótese de perder o controle do País. Não seria porque os constituintes brasileiros pretendessem que o Brasil fosse governado por normas legais abstratas que o imperador admitiria abrir mão de seus poderes de decisão.

O discurso local dos constituintes brasileiros, de que normas gerais estariam mais legitimadas para reger as obrigações e direitos dos súditos-brasileiros, não tocava o Príncipe Regente. Isto até poderia levar, na visão local, a um sistema mais legítimo e democrático (para os que apoiavam a abertura proposta pelo “Patriarca da Independência”), mas tal não foi aceito pela elite portuguesa que aqui estava.

1.2. A agonia da primeira constituinte

Um rápido escorço histórico pode auxiliar a relembrar o cenário conturbado do passado, que utilizamos como ponto de partida.

Em novembro de 1823, na “noite da agonia”, o imperador Dom Pedro I encerrou os trabalhos da Assembleia Constituinte que pretendia aprovar a “Constituição da Mandioca”. A ascendente burguesia brasileira achava que iria conseguir limitar a atuação do futuro Imperador do Brasil e assumir ela mesma os destinos econômicos da nação.

Evidente que a elite brasileira deseja apenas ocupar o espaço da elite portuguesa, e não abrir as portas do poder público para o povo brasileiro em geral.

³⁷ Nos referimos ao “Patriarca da Independência”, e não ao sobrinho “o Moço”, que foi professor no

Basta dizer que o projeto de Constituição excluía do direito de votar quem tivesse renda anual inferior a 150 alqueires de farinha de mandioca. O projeto de Constituição da Mandioca cortava as pernas do Rei e a cabeça do povo.

O projeto de Constituição de 1823 ampliava os poderes do Judiciário local, que em grande medida ainda seguia amarrado aos modos de ser e de fazer de Portugal (e até mesmo submetendo o Brasil à sua jurisdição em algumas matérias). Ou seja, na visão do Príncipe Regente havia o risco de ele ficar limitado pelo Legislativo e pelo Judiciário local, para além dos problemas que já tinha com seu pai, que se considerava Imperador-titular. Daí a ideia de Dom Pedro I de prever na Constituição um poder real moderador local, à moda do que defendia o francês Benjamin Constant em sua obra “Cours de Politique Constitutionnelle”³⁸.

Dom Pedro I reagiu, portanto, aos riscos de ver-se atado por Judiciário e Parlamento livres (se não livres, no mínimo encilhados pelo que seria o “segundo estado” brasileiro, já que José Bonifácio não era propriamente o Sieyès brasileiro).³⁹ O jovem Dom Pedro I, que tempos depois partiria para Portugal para assumir o trono português como Dom Pedro IV, não estava realmente interessado nem em criar uma elite nacional (no Parlamento, no Judiciário ou nas academias) nem em diminuir a distância entre os súditos e os poderes constituídos.

Temos aí um ponto de partida que demonstra, já na origem constitucional do Brasil, a resistência do Executivo em se submeter a pautas de conduta “impostas” pela regra de maioria. Podemos afirmar, assim, que a primeira Constituição brasileira, que nasceria em 1824, já viria ao mundo com uma formatação de poderes encilhada pelos interesses da Coroa Portuguesa. Nossa

Largo de São Francisco tempos depois.

³⁸ Cf. Benjamin Constant, no “Cours de Politique Constitutionnelle”, Paris, Librairie de Guillaumin et Cie, 1861, *passim*.

³⁹ Vejamos a lição de Lilia Schwarcz e Heloisa Starling, em “Brasil: uma biografia”, nas pp. 233/234, sobre os trabalhos da Constituinte de 1823: “O projeto que de lá saiu levou o nome de Mandioca, por conta do critério censitário estabelecido para o direito de voto.” (...) “O pulo do gato do projeto da Constituição era o estabelecimento do predomínio do Poder Legislativo sobre o Executivo, medida que claramente contrariou a Pedro I e ao partido português, que defendiam abertamente o absolutismo.” (...) “O ambiente era nervoso, e demonstrações de xenofobismo tornaram-se cada vez mais frequentes. O conjunto das propostas soava como clara provocação, e em 12 de novembro de 1823 o imperador cercou e dissolveu a Assembleia Constituinte, mostrando que não aceitava ter seus poderes limitados e se transformar num mero símbolo.” (...) “O episódio ficou conhecido como Noite da Agonia, por conta da resistência dos políticos, que se recusaram a deixar o recinto.”

primeira Constituição outorgou ao Imperador, por meio do Poder Moderador, a segurança de que ele poderia coarctar qualquer medida ou pessoa que atravessasse o seu caminho.

1.3. Função moderadora entre órgãos e pessoas

Eis a finalidade do Poder Moderador inserido na Primeira Constituição Brasileira. Temos ali a origem de um mecanismo aberto de “contemperamento de poderes” que nunca deixou de existir, ainda que veladamente, desde os primórdios da República até os dias atuais.

A função de moderação foi, em certa medida, assumida pela cúpula do Judiciário, pois o Conselho de Estado teve atribuição jurídico-consultiva para o Imperador. Esta função consultiva posteriormente foi incorporada pelo Judiciário, com a extinção do Conselho de Estado. Parte desta competência foi para os ministérios do Executivo, e os procedimentos relativos a conflitos entre os poderes foram dissimilados em processos judiciais.

O tema do exercício superlativo do poder por alguma autoridade, do Legislativo, do Executivo ou do Judiciário, se deve a um centralismo exacerbado entre nós, e varia (sem nunca desaparecer) conforme o momento histórico. Claro que o clientelismo brasileiro, prática que desembarcou juntamente com a frota cabralina, eleva a uma posição de proa o Poder Executivo, em razão do controle dos cofres da República e suas prebendas. O Executivo forte é uma realidade no Brasil até os dias atuais. A afirmação de que o século XX foi o momento da hipertrofia do Poder Executivo no ocidente pode até ser mais verdadeira quanto ao Brasil.

Limites jurídicos devem existir para o bom exercício dos poderes constituídos, é evidente, sob pena de haver neutralização de algum deles, além do surgimento de um discurso de deslegitimação. Por vezes, autoridades que laboram para impor a sua vontade política às demais tentam condicionar e limitar a atuação dos outros poderes, como meio de mascarar o autoritarismo, dando a falsa

percepção de que os demais poderes concordaram “livremente” com a imposição.

Podemos hoje até falar em *equilíbrio qualitativo de poderes*⁴⁰, o que significa uma evolução do que era a original separação de poderes. Claro que o exercício subjetivo de algumas funções por certas figuras proeminentes nunca deixou de existir no Brasil, em uma espécie de *reputacionismo*⁴¹, que colocava certos profissionais acima de qualquer suspeita.

Ou seja, nunca houve uma produção verdadeiramente coletiva de conteúdos jurídicos ou de pautas normativas no Brasil, seja no Parlamento⁴², seja no Judiciário. Ao contrário: o que sempre se viu foram figuras luminares, ou autodeclarados oráculos, tentando utilizar atalhos para fins de rapidamente impor suas ideias aos demais poderes e ao povo brasileiro. Por vezes são figuras realmente luminares com grande influência política, outras vezes políticos impondo sua força aos estudiosos da sociedade.

Vejamos um exemplo de uma tentativa real de reequacionar os Poderes. Nos referimos à tentativa getulista de encilhar o Parlamento em 1937, isto depois da frustrada reforma constitucional de 1934, como reação à revolução constitucionalista Paulista.

⁴⁰ Leciona Sérgio Sérulo da Cunha: “Aquilo que de início se concebeu como ‘separação de poderes’ evoluiu para o que se passou a entender como ‘divisão e equilíbrio de poderes’. Diversamente do princípio da separação dos poderes, que se expressava num enunciado rígido e abstrato, o princípio da ‘divisão e equilíbrio dos poderes’ é flexibilizado pelo fator jurídico e por fatores políticos; o fator jurídico contém-se na fórmula concreta da divisão de poderes, embutida no mecanismo constitucional dos freios e contrapesos (pesos e contrapesos ou *checks and balances*); já os fatores políticos correspondem a um processo em que se tem apresentado clinicamente, com *nuances* e por razões várias, seja a precedência do legislativo, seja a hegemonia do executivo, seja a supremacia do judiciário.” Em “Fundamentos de Direito Constitucional: Constituição, tipologia constitucional, fisiologia constitucional”, Editora Saraiva, 2004, p. 360.

⁴¹ A ideia de que os nomes dos autores podem pesar mais do que a ideia por eles defendida foi registrada por Fernando Dias Menezes de Almeida em sua tese de concurso, quando trata da apreensão de ideias estrangeiras: “Tem-se a impressão de que, na fase atual, o sentido de autoridade do argumento de base doutrinária decorre antes da reputação pessoal de cada autor citado, do que da massa coesa de pensamento de uma certa origem estrangeira”.

⁴² No passado já se criticou a excessiva confiança na isenção da atuação do Parlamento, sob a rubrica “legislativismo”, pela qual se descrevia a suposição de isenção das normas que balizaria (ou deveria balizar) sozinha a interpretação jurídica. Em 1976 alertava Nelson Saldanha: “O legislativismo do Estado liberal, por sua vez, embora preconizando rarefação do poder estatal, carregou também uma tendência ao estatismo (...). Com o Estado legalista, o Direito passou a ser algo do Estado, abandonando-se o Direito costumeiro e concebendo-se a ordem jurídica como uma rede cercada de normas positivas”. Em “O Estado Moderno e o Constitucionalismo”, Bushatsky, 1976, p. 74.

1.4. A correlação de forças racionalmente justificada

Francisco Campos modificou o regime constitucional de 1934, outorgado por Getúlio Vargas em resposta à revolução de 1932. Na Constituição de 1937, foi prevista a hipótese das leis-quadro, que permitiriam a Vargas centralizar a produção de conteúdos “legislativos” via decreto de complementação. Getúlio Vargas pretendia, assim, assumir parte importante da produção normativa.

A ideia era restringir a atuação do Poder Legislativo. Vejamos o art. 11 da Constituição de 1937: “A lei, quando de iniciativa do Parlamento, limitar-se-á a regular, de modo geral, dispondo apenas sobre a substância e os princípios, a matéria que constitui o seu objeto. O Poder Executivo expedirá os regulamentos, complementares”. Com este mecanismo Getúlio Vargas pretendia governar via decretos de complementação. Projetos de Lei Genéricos seriam aprovados no Legislativo com relativa facilidade, cabendo posteriormente ao Executivo a decisão sobre o detalhamento dos direitos. Tudo na proposta de “Chico Ciência”⁴³.

Há outras situações em que o Executivo trabalhou para verter em regime jurídico válido uma dada política nova contrária ao regime constitucional que se vinha aplicando. Relembremos os decretos do Terceiro Reich alemão, que minaram o quadro de garantias da Constituição de Weimar. O impacto em termos de medo por insegurança jurídica gerou mesmo a célebre guinada jusnaturalista de Radbruch. Carl Schmitt cresce como jurista ao lado do nazismo, pois até mesmo em regimes autoritários há a preocupação de justificar a “legitimidade” da nova política que se pretende implementar.⁴⁴

⁴³ Não sem razão, se costuma referir Francisco Luis da Silva Campos, apelidado de “Chico Ciência”, como o Carl Schmitt brasileiro. Ocupou vários ministérios e teve papel preponderante na redação da Constituição de 1937, do Código Penal, do Código de Processo Penal, da Consolidação das Leis do Trabalho e do AI 2/64.

⁴⁴ Na Rússia pós-comunista vem ocorrendo algo semelhante. Vejamos a avaliação que Michel Eltchaninoff faz da compreensão de mundo que Putin aplica Rússia contemporânea: « La politique est lutte ou alliance entre corps politiques, mais elle n'a pas à être jugée à travers le prisme exclusif du droit ou de la morale. Héritier assumé et créateur de l'opposition soviétique entre 'les nôtres' et 'les vôtres', Poutine s'inscrit dans cette revendication de la politique entendue comme pur rapport de force. Dans sa *Théologie politique* (1922) ou sa *Théorie de la constitution* (1928), Schmitt promet

Não cabe aqui uma investigação de caráter sociológico sobre os tipos de dominação exercidos ao longo da história nacional, objeto este da sociologia jurídica e da história do direito. De qualquer modo, podemos figurar que qualquer autoridade que deseje tornar superlativa a sua atuação tentará sempre dar um ar de assepsia jurídica às suas decisões políticas, apoiando seu discurso também naquilo que julga ser a filtragem dos anseios sociais (com o discurso do “tudo em nome do povo”, é claro).

Pela célebre frase “vox Populi, vox Dei” (“a voz do povo é a voz de Deus”) nunca se desejou significar que o povo tem a primeira palavra nas aprovações. Ao contrário, tinha o sentido original de “calem-se os populares”. “Vox Populi, vox Dei” significa, rigorosamente, que a voz de Deus é que é a voz do povo na terra; e Deus já escolheu o seu representante: o Imperador.

A solução possível para quem manda não parecer autoritário é a defesa de um ficcional governo de todos: do povo, para o povo e pelo povo (relembrando famoso discurso de Lincoln em 1863). Justo por isso é que se tornou comum “*justificar o caráter ilusório de todas as opções democráticas que, na sequência dos modelos iluministas, vão além da estrutura das democracias realmente existentes, no sentido de que elas aderem a um conceito de autogoverno ou do ‘governo de todos’*” (Ingeborg Maus)⁴⁵.

Em resumo: nunca houve um discurso político-autoritário que prescindisse da racionalidade jurídica. Doutrina e jurisprudência sempre se

les notions d’acclamation ou encore de décisionnisme (‘est souverain celui que décide de la situation exceptionnelle’) qui ont dû agréablement résonner aux oreilles de certains conseillers de Vladimir Poutine, à la recherche de mots pour incarner la mobilisation conservatrice qui doit soutenir la nouvelle politique russe », opus “Dans la tête de Vladimir Poutine - 2015”. Tradução livre: “A política é luta ou aliança entre corpos políticos, mas ela não precisa ser julgada de um prisma exclusivamente jurídico ou moral. Herdeiro assumido e recriador da oposição soviética entre ‘nós’ e ‘eles’, Putin se inscreve nesta reivindicação da política compreendida como correlação de forças. Em sua Teologia política (1922) ou em sua Teoria da constituição (1928), Schmitt promove as noções de aclamação ou ainda de decisionismo (‘é soberano aquele que decide durante o estado de exceção’) o qual ressoou agradavelmente nas orelhas de certos conselheiros de Vladimir Putin, na sua busca de termos que encarnassem a mobilização conservadora que deveria sustentar a nova política russa”, na obra “Dentro da Cabeça de Vladimir Putin – 2015”.

⁴⁵ Cf. Ingeborg Maus, em “O direito e a política – teoria da democracia”, DelRey, p. 184. No prefácio da mesma obra se lê: a “teoria atual da democracia pode admitir que já muito se despedira do exigente princípio da soberania popular, negado pela práxis dominante e que não poderia ser realizado a nível supra-nacional, e que vê sua tarefa somente em nivelar prerrogativas normativas democráticas de legitimação tem nível de mau empirismo” (p. XXV).

arvoraram em filtros racionais da vontade popular e dos interesses públicos inseridos nas normas. E a partir delas o Direito reorganiza a jurisfação para o novo período que se inicia com uma revolução. Denomina-se jurisfação o modo pelo qual o direito encampa e juridiciza os elementos da política, razão pela qual Miguel Reale utiliza a expressão jurisfação do poder⁴⁶.

Por essa razão, existe um certo preconceito na política francesa, desde a revolução de 1789, com a magistratura. Os franceses querem evitar risco de uma possível interferência ilegítima na obra legislativa e nas posturas da administração pelo Judiciário. Foi o que gerou a criação da justiça administrativa francesa (a partir do brocardo “julgar a administração é ainda administrar”) e do Conselho Constitucional francês (que nasceu como o cão de guarda do executivo).

1.5. Dominação pela racionalidade jurídica

Os doutos em direito assumem uma posição de proeminência na organização da sociedade. Os aspectos jurídicos deveriam ser instrumentais em sua condição de atividade meio. Infelizmente ocorre o inverso: o direito passa a dizer o que pode e o que não pode ser feito. Em um país com o epíteto de República dos Bacharéis, a capacidade ordenante dos juristas pode assumir proporções alarmantes.⁴⁷ Os bons exercentes das funções judiciais, ao longo do tempo, sempre procuraram ter um olhar voltado para a realidade. “A permeabilidade do Judiciário à sociedade não é em si negativa. Pelo contrário. Não é ruim que os juízes, antes de decidirem, olhem pela janela de seus gabinetes e

⁴⁶ Para Miguel Reale a jurisfação é a “juridicidade progressiva do poder, mas nunca a gênese e o desenvolvimento automático das normas jurídicas particulares graças apenas à projeção ou à pressão das aspirações ou ‘representações jurídicas’ dominantes em dada coletividade.” Em “Pluralismo e Liberdade”, Editora Expressão e Cultura, 1998, 2ª ed., p. 232.

⁴⁷ Alerta Paolo Grossi quando trata justamente da capacidade ordenante da comunidade dos juristas: “O que fez a nossa jurisprudência juntamente com a doutrina? Fez aquilo que a torna merecedora de honrada menção neste ensaio; leu os sinais dos tempos ‘constatando o íntimo significado de uma tendência’, percebeu a exigência de uma remodelação jurídica e correspondeu plenamente ao papel ordenante que juízes e sábios – fontes flexíveis, imersas no porvir e na transformação, diferentemente das leis disponíveis para o futuro – têm frequentemente tido na história da civilização ocidental”. Em “O direito entre Poder e Ordenamento”, 2010, p. 134.

levem em conta a realidade e o sentimento social” (Luís Roberto Barroso)⁴⁸. Até porque o exercício da jurisdição jamais poderá partir de uma cegueira deliberada ou de uma leitura ingênua da Constituição.

Deve-se, sim, cuidar para que a leitura dos intérpretes seja consentânea com a realidade circunstante e com as vicissitudes políticas (e foi assim, por exemplo, que Sampaio Doria não deixou muita alternativa para Getúlio Vargas)⁴⁹.

A dominação das massas, que de baixo para cima legitima o governo, não elimina a necessidade de dominar e encilhar, verticalmente, de cima para baixo, a interpretação jurídica. Em sua obra sobre a dominação, escrita entre 1911 e 1914, Max Weber afirma: “por ‘dominação’, nós entendemos o fato de que uma vontade afirmada (uma ordem) do ou dos ‘dominantes’ procura influenciar a ação de outrem (do ou dos dominados) e a influencia efetivamente, na medida em que, em um grau significativo de um ponto de vista social, esta ação se desenrola como se os dominados tenham feito do conteúdo desta ordem, enquanto tal, a máxima de orientação para a ação deles mesmos (‘obediência’).”⁵⁰ Em “Economia e Sociedade”, Max Weber descreve três tipos puros de dominação legítima: racional, tradicional e carismática.⁵¹ Coloquemos o foco na dominação racional, na qual a indução generalizadora dos estatutos assume o comando da sociedade.

Na ordem impessoal baseada em estatutos é que está a origem do mito da neutralidade das normas produzidas pelo Legislador. Os estatutos legais são

⁴⁸ No “Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo”, Editora Saraiva, 6ª edição, 2017, p. 481.

⁴⁹ Sampaio Doria se negava a utilizar a Constituição de 1937, em suas aulas no Largo de São Francisco, ao argumento de que seria autoritária. Foi exonerado e substituído por Ataliba Nogueira, e só retornou ao cenário político nacional como ministro da justiça do Gabinete José Linhares (após a derrubada de Getúlio Vargas).

⁵⁰ Max Weber, em “La domination”, p. 49. Na versão francesa que utilizamos: « Par ‘domination’, nous entendons donc ici le fait qu’une volonté affirmée (un ‘ordre’) du ou des ‘dominants’ cherche à influencer l’action d’autrui (du ou des ‘dominés’) et l’influence effectivement, dans la mesure où, à un degré significatif d’un point de vue social, cette action se déroule comme si les dominés avaient fait du contenu de cet ordre, en tant que tel, la maxime de leur action (‘obéissance’). »

⁵¹ Max Weber, em “Economia e Sociedade”, vol. I, p. 141: “No caso da dominação baseada em estatutos, obedece-se à *ordem impessoal*, objetiva e legalmente estatuída e aos *superiores* por ela determinados, em virtude da legalidade formal de suas disposições e dentro do âmbito de vigência destas. No caso da dominação tradicional, obedece-se à *pessoa do senhor* nomeada pela tradição e vinculada a esta (dentro do âmbito de vigência dela), em virtude de devoção aos hábitos costumeiros. No caso de dominação carismática, obedece-se ao *líder* carismaticamente qualificado

redigidos de modo geral e abstrato. E isto transmite ao aplicador judicial dos mesmos a presunção de que está agindo com isenção e imparcialidade.

Tal presunção não é absoluta, o que é facilmente aprendido pelos operadores que iniciam sua caminhada no direito. Foi o que gerou a conhecida síntese magistral de Anatole France: “La majestueuse égalité des lois interdit aux riches comme aux pauvres de coucher sous les ponts, de mendier dans la rue et de voler du pain” (“A majestosa igualdade das leis proíbe tanto aos ricos como aos pobres de dormir debaixo das pontes, de mendigar nas ruas e de roubar pão”).

A relação de dominação, descrita por Max Weber, não desaparece com a deliberação sobre o conteúdo dos estatutos, mas prossegue em sua interpretação. Não basta definir o conteúdo das regras, é necessário dominar o sentido que a tal conteúdo se vai atribuir. Talvez esteja aí a insuficiência do debate sobre a preponderância do direito positivo ou dos direitos naturais, pois as forças de dominação prosseguem atuando na relação de aplicação das normas. De um ponto de vista teórico, Norberto Bobbio vai mais adiante:

“Desse modo, o ideal clássico do governo das leis encontrou num sistema de poder que, ampliando a categoria weberiana, poderíamos chamar de legal-racional (um poder cuja legitimidade consiste em ser exercido nos limites e em conformidade às leis positivas), a sua forma institucional e em definitivo a sua primeira atuação. São aqueles institutos do direito público aos quais um moderno Estado democrático não pode renunciar sem cair nas formas tradicionais de governo pessoal, em que o homem está acima das leis, e o governo, para usar as palavras de Platão, tantas vezes repetidas como máxima política, é senhor das leis em vez de ser seu servidor.”⁵²

Os mecanismos do direito utilizados na produção de conteúdo normativo deveriam operar do modo mais isento possível, seja no momento da feitura da norma, seja no momento da aplicação. Na mesma medida que deve haver uma vontade coletiva de respeito aos comandos gerais, a produção de tais pautas de

como tal, em virtude de confiança pessoal em revelação, heroísmo ou exemplaridade dentro do âmbito da crença nesse seu carisma”.

⁵² Em “Direito e Poder”, Editora Unesp, p. 209.

conduta deveria também atender à sobrevivência do corpo coletivo. Sem isso, deslegitimam-se as normas, o ordenamento e o sistema judicial que os aplica. E aí, de duas uma, para que o sistema siga formalmente operando, ou os destinatários não percebem, ou não reagem.

1.6. Na contramão da cidadania ativa

A partir disto, é de se questionar se existiriam, já hoje, mecanismos que permitam enfeixar a aplicação do direito em limites procedimentais mais afinados. Mecanismos ou métodos de aplicação que possam garantir, a um só tempo, o bom funcionamento do sistema de justiça e a repartição de ônus sociais mediante critérios isonômicos.

A Teoria Geral do Estado e a Teoria Geral do Direito talvez precisem passar por uma remodelação para fins de dar corpo a um novo modelo de Estado Jurislador, para que não ocorra a destruição das esferas de competência dos poderes constituídos. O que parece atualmente estreme de dúvidas é que parcela importante das funções originais do príncipe migraram do Executivo para o Legislativo, e agora para o Judiciário.

Essa migração de funções mascara a função moderadora regalenga que persiste no Judiciário até os dias atuais. Parte importante do que decidia o monarca para o bem da saúde pública (repartindo ônus sociais a partir de critérios de nobreza), é agora operacionalizado por um Judiciário, em abstrato.

Nada disso desconfigura o alerta de Montesquieu: as normas impostas pelo Rei devem prescrever ações que honrem a coletividade. Isto é que obrigará a coletividade a respeitar a ordem do prolator normativo, que hoje se divide entre o Parlamento e o Judiciário (Estado Jurislador). Sem ações estatais que honrem a população, restaria deslegitimado o processo de respeito social ao sistema normativo, segundo se extrai da leitura de Montesquieu:

“Não há nada na monarquia que as leis, a religião e a honra prescrevam mais do que a obediência às vontades do príncipe:

mas essa honra nos dita que o príncipe não deve jamais prescrever uma ação que nos desonre, porque nos tornaria incapazes de servi-lo.”⁵³

E ousamos aqui parafrasear Montesquieu: portanto não há nada que desonre mais o Estado Jurislador do que um exercício arbitrário da competência interpretativa, que venha a distorcer o conteúdo validamente legislado. Ou como já dizia Jean Bodin: “*nada mais desejável que os magistrados sejam obedientes à lei e os súditos aos magistrados*”⁵⁴. Claro que o próprio Montesquieu tem a compreensão de que a obra do legislador estará sempre qualificada por elementos pessoais (e assim também a teorização que sobre ela se faz pelos intérpretes judiciais). Vejamos novamente o Espírito das Leis na parte em que Montesquieu trata dos legisladores:

“Aristóteles queria satisfazer ora sua inveja de Platão, ora sua paixão por Alexandre. Platão estava indignado com a tirania do povo de Atenas. Maquiavel só pensava em seu ídolo, o duque de Valentinois. Thomas More, que falava mais sobre o que tinha lido do que sobre o que tinha pensado, queria governar todos os Estados com a simplicidade de uma cidade grega. Harrington via apenas a república da Inglaterra, enquanto uma multidão de escritores encontrava a desordem em todo lugar onde não via coroa. As leis encontram sempre paixões e os preconceitos do legislador. Algumas vezes passam através deles e se tingem; outras vezes ficam presas a eles e eles se incorporam.”⁵⁵

Vale dizer: já em 1748 Montesquieu deixava claríssima sua crença na influência pessoal do agente produtor da norma no conteúdo final desta. Vamos ao texto original para que não reste dúvida sobre sua afirmação: « Les lois rencontrent toujours les passions et les préjugés du législateur. Quelquefois elles passent au travers, et s’y teignent ; quelquefois elles y restent, et s’y incorporent » (na versão

⁵³ Cf. Montesquieu, em “O Espírito das Leis”, tradução de Cristina Murachco, p. 43.

⁵⁴ Diz o texto original de Bodin completo: “Bref, s’il n’y a rien plus à désirer que les Magistrats soient obéissants aux lois, les sujets aux Magistrats, il semble aussi que cela soit mieux gardé en l’état populaire, où il n’y a que la loi qui soit dame et maîtresse de tous” (no Livro VI, capítulo 4: “De la comparaison des trois Républiques légitimes, à savoir de l’état populaire, Aristocratique et Royal, et que la puissance Royale est la meilleure”, pp. 653/654, recolhido nos extratos “De la République – Extraits”, Paris, Librairie de Médicis, p. 100, 1949).

francesa publicada por Garnier Frères em 1973, vol. II, p. 298). Ou seja: não há como produzir lei isenta das paixões pessoais do seu autor direto. Às vezes tais paixões intermedeiam a produção normativa, que acaba embebida de tais insumos. Outras vezes, pior ainda, as paixões e preconceitos não apenas tingem a norma, mas se incorporam ao seu texto de modo indelével. Para Montesquieu não há escapatória: a presunção de isenção na produção normativa não é passível de plena realização.

No momento da aplicação da norma, por quaisquer dos poderes, e logicamente assim também pelo Judiciário, não são diferentes os impactos da avaliação subjetiva-condicional de cada indivíduo. Até porque, alerta André-Jean Arnaud: “os magistrados raciocinam em função da camada social à qual pertencem.”⁵⁶

O passar dos anos, a exposição de pessoas e ideias e a visão midiática da sociedade do espetáculo só irão ampliar e escancarar esta verdade. A interpretação judicial é uma função oracular por um profissional cheio de amores, horrores e preconceitos. E a razão é escrava da vontade. Claro que a maioria dos juízes faz um esforço enorme para se despir de preconceitos e prejulgamentos, mas isso não significa que todos consigam. As influências externas ao processo, de caráter psicológico e de bradação coletiva, são enormes.

Isto ocorre, principalmente, em razão de uma relação de dominação que impõe a padronização de opiniões e posturas gerais pelo “mainstream” midiático, o que obriga a formação de grupos de interesse. Assim, em alguma medida, a mídia, que deveria refletir todos os grupos de interesse, acaba por criar e selecionar as pautas que serão lidas e repetidas pela sociedade. Os indivíduos são dragados pela sociedade de massas: “*Em termos mais ásperos, o homem no grande sistema tem de ser – e em larga extensão já é – um débil mental, um idiota amestrado ou dirigido por botões, isto é, altamente treinado em alguma estreita especialização ou então tem de ser simples parte da máquina*” (Ludwig von Bertalanffy)⁵⁷.

⁵⁵ Em “O Espírito das Leis”, p. 616.

⁵⁶ Em “O direito traído pela filosofia”, SAFE, p. 165.

⁵⁷ Em “Teoria Geral dos Sistemas”, p. 2008.

Tal sistema se preordena também a emascular qualquer atividade interpretativa em favor de uma mudança real em prol da mobilidade social entre os estamentos (o que poderia ampliar o Estatuto do Cidadão). Não é sempre que isto ocorre, pois boas mudanças têm ocorrido, e o Judiciário tem, sim, servido de filtro para mover a máquina governamental em direção à ampliação dos direitos fundamentais para grupos, indivíduos ou temas específicos (em que são mais gritantes as falhas dos demais poderes).

O mais efetivo como técnica de libertação seria a ampliação dos mecanismos de implementação da cidadania ativa. E o motivo é simples: “a salvaguarda da ordem democrática não depende do direito, mas dos cidadãos” (Bercovici).⁵⁸ Na mesma medida que a contrarreforma religiosa esterilizou, via padronização da educação, os seus fiéis, o sistema político vai impedir o acordo contencioso de vontades para uma verdadeira participação na produção normativa.

Daí decorrem muitos mitos jurídicos: a presunção de que a lei representa a vontade geral ou o princípio segundo o qual a aplicação de tais normas se dá de modo isonômico. Isto nos leva a concluir que o problema é de natureza política e não apenas jurídica, pois envolve a aplicação diferida no tempo e no espaço das mesmas regras, para diferentes sujeitos. Concordamos com Sartori quando diz que *a sociedade civil se traduz em uma sociedade jurídica* (“*la civilis societas*, en efecto, se traduce a su vez en una *iuris societas*”⁵⁹), na qual a subjetividade de quem tem mais força se impõe como regra obrigatória para todos. “*De fato, nossas democracias se estruturam como poliarquias competitivas de ampla projeção pluralista*” (Sartori)⁶⁰.

Alguns poucos indivíduos, com mais força perante a sociedade, impõem aos demais o que deve ser a vontade geral. Se isto é feito pela força, teremos uma ditadura. Mas se for feito por canais públicos, ainda que pautados em restrita

⁵⁸ Cf. Gilberto Bercovici, em “Soberania e Constituição”, p. 41.

⁵⁹ Em “La Política”, p. 204. Tradução livre: “a sociedade civil, com efeito, se traduz por sua vez em uma sociedade jurídica”.

⁶⁰ Ob. cit., p. 221. Tradução livre do original: “De hecho, nuestras democracias se estructuran como ‘poliarquias’ competitivas de amplia proyección pluralista”.

liberdade de imprensa, teremos uma semidemocracia ou semiditadura⁶¹. E a percepção social sobre conflitos de baixa intensidade é facilmente contornável. Resumindo: o sistema jurídico-político não nos força a viver em uma ditadura, mas quase, e isto não é um problema, desde que afete em menor grau os formadores de opinião. É o que Bolívar Lamournier denominou de “povo semissoberano” com apoio nas lições de Schattschneider em “the semisovereign people”.

1.7. O absolutismo jurídico e a interpretação judicial na atualidade

Tal ideia foi bem trabalhada por Paolo Grossi e sintetizada na expressão “absolutismo jurídico”. Nada mais simples para o político do que transformar sua vontade autoritária, travestida de vontade geral, em valores jurídicos passíveis de imposição pela força estatal. Ouçamos a explicação que o próprio Grossi deu em debate sobre o tema:

“As conclusões no plano do direito eram: o direito interessa ao poder político, o direito é um cimento importante para o poder político e o poder político não pode se desinteressar do direito, de nenhum ramo do direito. É óbvio que a consequência disso é um monopólio que o poder político exerce sobre o direito, e é assim que a partir da revolução temos um direito que se tornou lei. E o que é lei? Lei é a declaração da vontade daqueles que são investidos com o poder político supremo, é um ato supremo de autoridade, é uma norma geral e abstrata” (tradução livre).⁶²

A lei é o ato supremo de autoridade produzido por alguns em nome da

⁶¹ Neste ponto, imprescindível a leitura da síntese conclusiva de Robert Dahl em seu “Prefácio para uma Teoria Democrática”: “No estágio pré-eleitoral, muitas influências, inclusive aquelas que gozam de superioridade econômica e de controle sobre recursos organizacionais, exageram tanto o poder de poucos comparado com o poder de muitos que os processos sociais que levam ao processo de votação podem ser considerados como altamente desiguais e antidemocráticos, embora em menor grau do que em uma ditadura”(tradução livre). “A Preface to Democratic Theory”, p.66: “In the prevoting stage many influences, including those of superior wealth and control over organizational resources, so greatly exaggerate the power of the few as compared with the many that the social processes leading up to the process of voting may properly be spoken of as highly inegalitarian and undemocratic, although less so than in a dictatorship.”

⁶² Cf. Paolo Grossi, no Colóquio organizado pelo CMC – Centro Culturale de Milano – coordenado por Luca Antonini, 1999.

vontade geral que, em tese, seria de todos. O povo terceiriza ao monarca, e mais modernamente ao Parlamento, a filtragem da realidade para sua regulamentação por ato de autoridade normativa.

Esta filtragem da realidade pela autoridade monárquica foi substituída pela avaliação colegiada dos representantes eleitos no Parlamento, e hoje pela leitura subjetiva-racional dos magistrados. O surgimento, entre nós, do Supremo como cúpula do Judiciário, por exemplo, se deu entrelaçado com os demais poderes, e não propriamente como órgão especializado independente de controle das funções dos demais poderes.

A participação do Judiciário brasileiro na jurisfação somente veio se ampliando ao longo das décadas, o que nos permite, sim, hoje, falar em um Estado Jurislador Brasileiro. Seguimos as lições de Miguel Reale, que denomina jurisfação a correlação dialética essencial entre direito e poder. Para ele, o poder se subordina ao direito, até mesmo no concernente às soluções normativas possíveis (veremos mais adiante em tópico específico).

Em muitos aspectos, para além de uma simples interferência entre os poderes, temos a substituição de parte do trabalho Legislativo pela atividade de criação “ex novo” de direito pela atividade interpretativa. Luís Roberto Barroso, por exemplo, entende que estamos diante de uma revolução profunda e silenciosa que nos obriga a buscar um equilíbrio entre valores tradicionais e novas concepções⁶³.

Em certa medida, o percurso em direção a uma invasão de funções já foi pressentido, em 1994, pela professora Anna Cândida da Cunha Ferraz, na obra “Conflito entre Poderes”⁶⁴, quando falava em uma “separação atenuada” que desembocaria em uma fase de interferências limitadas entre os poderes. Nós iremos um pouco adiante, tentando circunscrever não apenas a separação forte ou

⁶³ No “Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo”, Editora Saraiva, 6ª edição, 2017, p. 304.

⁶⁴ Afirma Anna Cândida da Cunha Ferraz: “... passados mais de dois séculos desde a sua formulação, a doutrina de Montesquieu ainda se apresenta válida no seu essencial, mas num contexto e espaço completamente outros. De uma estrita separação de poderes, a receita política de Montesquieu evoluiu, numa segunda fase, para uma separação atenuada pelos freios e contrapesos, desembocando numa terceira fase de interferências, mais ou menos acentuadas mas sempre limitadas, entre os poderes.” Em “Conflito entre Poderes – O Poder Congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo”, p. 17.

fraca entre os poderes, mas também o derramamento do Estado Jurislador por várias competências, sob o manto da análise racional isenta dos direitos e deveres. A soberania popular se autoafirma por setores da sociedade e por ramos de direito, pois não existe uma soberania popular em abstrato para povo integralmente considerado, pois não existe a tão sonhada igualdade material de pontos de partida. Nas palavras de Juliana Neuenschwander Magalhães: “a soberania não é um círculo perfeito”.⁶⁵

E aí o grande paradoxo a ser resolvido. No momento em que entramos na Era dos Direitos (Bobbio), o arcabouço jurídico constitucional tem que lidar com uma atuação política do Judiciário, não controlada pelos critérios cognitivo-rationais da ciência jurídica. Segundo Nuno Piçarra, a função política ficou fora da teoria da separação de poderes, sendo recebida com “status” de função juridicamente livre dos mecanismos de análise da Teoria Geral do Estado e da Teoria Geral do Direito.⁶⁶ A função política dos poderes é o que gerou por exemplo toda a teoria dos atos “interna corporis”, na lógica de que um poder não pode invadir o outro quando estejamos diante de atos típicos da autoridade deste, e que só tenham como fundamentação exclusiva a vontade individual ou coletiva de seus titulares.

Com o conceito de Estado Jurislador, compreenderemos melhor o impacto da atuação de todos os Poderes na jurisfação. Para, em seguida, avaliar o protagonismo do Judiciário e suas vantagens ou desvantagens.

⁶⁵ Cf. Juliana Neuenschwander Magalhães, em “Formação do Conceito de Soberania”, Editora Saraiva, 2016, p. 239.

⁶⁶ Vejamos os trechos em que Nuno Piçarra trata do ponto:

“A ideia de uma atividade ou função estadual não redutível ao Direito, de natureza essencialmente política, não deixou de se fazer sentir paulatinamente ao longo do século XIX, mesmo quando a expressão por excelência do poder do Estado era realmente a lei.

“Até os expoentes mais radicais do entendimento apenas jurídico-formal, ou da ‘versão do Estado de Direito’ da separação dos poderes, não ignoravam a necessária existência, em qualquer Estado, de uma função irredutivelmente política e não apreensível normativamente.

“Já Jellinek afirmava que um Estado com um governo que agisse apenas segundo leis prévias seria um absurdo político.

“No entanto, como a função política não cabia nem na legislação, nem na administração, nem na jurisdição, ficando, portanto, fora da tripartição jurídico-funcional identificada com a separação de poderes, começou por ser considerada como uma função juridicamente livre. Ficava, por isso, fora do âmbito da análise jurídica e da teoria (jurídica) do Estado.” Em “A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional”, pp. 250/251.

E mais: diante de um Executivo bem organizado com um comando firme (e autoritário, por vezes) da sociedade, fica quase impossível aos representantes do povo encontrar meios para livremente influir na produção de conteúdo normativo. Com isto o Estatuto do Cidadão – o quadro de garantias fundamentais – pode facilmente acabar atingido ou arranhado. Por esta razão, têm crescido os mecanismos de limitação jurídica do poder via interpretação judicial. Muitas vezes, o Judiciário assume o papel de contrapeso do poder, em nome da coletividade (possuindo ou não legitimação democrática para tanto).

1.8. Um Judiciário livre em meio a um ambiente político sequestrado

A análise aqui proposta pretende romper com os originais paradigmas que enfeixam o tema. Não seria aceitável uma leitura míope da realidade, para nela fazer caber o modelo de tripartição que o cientista do direito tem em mente.

Lembra Michel Troper: *“certos autores ensinam que as constituições, fundadas sobre o princípio de separação de poderes, instituíram órgãos especializados, propõem uma definição material de cada função, especificamente para justificar as suas teorias”* (tradução livre).⁶⁷ Ou seja: as teses de tais autores são compostas de conceitos fabricados “ad hoc” e divisões estanques, com vistas a obviar a ideia de que a separação entre os poderes é, sim, ao mesmo tempo, fundamento e necessidade para o bom funcionamento do Estado. Teorizam, portanto, em uma subliminar e bem urdida petição de princípios. Se perguntados sobre a desconexão entre o modelo real e o que efetivamente existe, automaticamente respondem: *isto é uma deturpação do modelo que não merece ser aceita como válida*. Fornecem, assim, os cientistas “ad hoc” do direito, uma explicação útil para uma leitura da realidade.

Há estudos importantes que tentam comprovar o avanço do Judiciário na equação da separação de poderes (SOP) mediante teoremas de frequência de

⁶⁷ Do original: « Les auteurs qui enseignent que les constitutions fondées sur le principe de la séparation des pouvoirs ont institué des organes spécialisés, proposant une définition matérielle de

probabilidades por inferência estatística (como o Teorema de Bayes)⁶⁸. Uma tal abordagem não teria pertinência, pois estamos buscando identificar o rumo político-jurídico da nova equação entre os poderes. Focando na marcha do Judiciário sobre temas que geram risco de choque entre as funções de Estado.

Não se trata, portanto, de abrir a caixa de Pandora e aniquilar completamente o modelo atual de Estado, pelo só-fato de que o capital esteja em grande medida presidindo as relações políticas (e jurídicas) mundiais. Em nossa visão, o Estado Jurislador deve garantir os avanços civilizatórios de modo a ampliar o controle e a fiscalização pela maior quantidade possível de destinatários.

Ouçamos a lição sempre precisa de Paulo Bonavides, quando trata do “declínio e reavaliação do princípio da separação de poderes”:

“Não temos dúvida por conseguinte em afirmar que a separação de poderes expirou desde muito como dogma da ciência. Foi dos mais valiosos instrumentos de que se serviu o liberalismo para conservar na sociedade seu esquema de organização do poder. Como arma dos conservadores, teve larga aplicação na salvaguarda de interesses individuais privilegiados pela ordem social. Contemporaneamente, bem compreendido, ou cautelosamente instituído, com os corretivos já impostos pela mudança dos tempos das ideias, o velho princípio haurido nas geniais reflexões políticas de Montesquieu poderia, segundo alguns pensadores, contra-arrestar outra forma de poder absoluto para o qual caminha o Estado moderno: a onipotência sem freio das multidões políticas.”⁶⁹

chaque fonction, propre à justifier leurs théories. » Em “La séparation des pouvoirs et l’histoire constitutionnelle française”, LGDJ, Paris, 1980, p. 20.

⁶⁸ Encontramos um interessante estudo de Ryan J. Owens, da Harvard University, que trata sobre “The Separation of Powers and Supreme Court Agenda Setting”, no qual o autor estuda algumas jurisdições e o impacto das decisões judiciais na Separação de Poderes (SPO). Diz a ementa do artigo: “This study employs the first systematic, empirical analysis that relies on archival data to examine whether the separation of powers influences’ agenda votes. It spacially models how justices set the Court’s agenda under a sincere approach as well as an SOP approach and compares the competing expectations derived therefrom. The results suggest that legislative and executive preferences fail to influence justices’ votes. Across every model tested, the data show justices uninfluenced by the separation of powers. These results provide a strong rejoinder to SOP models, since the Court’s agenda stage in the most likely stage of the decision-making process to show signs of an SOP effect.” Tal estudo é relevante e precisa ser aplicado e refeito no Brasil, pelos especialistas brasileiros em jurimetria, mas sua ausência não altera a essência nem a conclusão de que já estamos caminhando para o Estado Jurislador no sistema brasileiro.

⁶⁹ Malheiros Editores, 1999, p. 147.

Buscaremos demonstrar que essa divisão material de atribuições não tem mais sido integralmente respeitada. De fato, a produção de comandos modalizadores de conduta passa a surgir da interpretação ou da criação original por tribunais ou juízes monocráticos, por vezes sem o apoio em normas legisladas. Valores do sistema jurídico passam a condicionar a aplicação das normas, algumas vezes se afastando da axiologia que condicionou a elaboração do quadro normativo.

O tema é antigo. Já dizia Franz Neumann, nos anos 30, que “a administração da justiça não consiste apenas na declaração do direito, mas também na sua criação. A decisão da corte cria o direito porque ela cria uma nova norma”.⁷⁰ A visão de Neumann, em sua obra “O Império do Direito” escrita em 1936, é extremamente moderna para a época, e talvez por isso só tenha sido publicada em 1977 em alemão e em 1986 em inglês.

Em um raciocínio pautado no estado da arte, podemos partir das funções típicas dos poderes de Estado para verificar em que aspecto a cúpula do Judiciário exerce as suas, de forma asséptica e límpida. Após traçados os limites do que deveria ser a atuação do Judiciário é que poderemos verificar em que medida exerce, também ele, as funções dos demais poderes, dentro dos limites interpretativos da realidade constitucional brasileira atual.

Há autores preocupados com o tema. Luís Roberto Barroso⁷¹ entende que há situações de confronto de poderes e outras de mera ocupação de espaço vazios (p. 445). Mas que uma moderna interpretação constitucional deve ser evolutiva e ultrapassar uma dimensão meramente positivista (p. 310). Sempre em uma visão de justiça que busque a legitimação democrática, pois segundo o pós-positivismo o direito não cabe integralmente na norma jurídica (p. 349). Sem o descuido de sempre buscar uma maior fundamentação para decisões que envolvam atividade criativa do juiz (p. 354). A solução estaria em evitar o populismo judicial e alternar momentos de ativismo e de autocontenção (p. 482).

⁷⁰ Editora Quartier Latin, 2013, p. 52.

⁷¹ Os parênteses que seguem acima se referem às páginas nas quais Luís Roberto Barroso desenvolve os temas, no seu “Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo”, Editora Saraiva, 6ª edição, 2017.

Sem perder o foco na teoria geral do Estado, trazemos dois exemplos. Primeiro exemplo: se o Judiciário decide em processo judicial os limites de gastos com prisões, parece indubitável que avançou sobre a função do Poder Executivo (mas, certamente, estará realocando verbas de outras áreas, pois o dinheiro não existe duas vezes). Segundo exemplo: quando decide em quais situações normativas o uso de algemas tem ou não cabimento contra o cidadão, não há dúvida que supriu um vácuo da atuação do legislador na fixação dos limites legais para o uso da máquina repressiva do Estado (mas terá produzido solução a partir de um caso determinado, e não daquilo que todos os especialistas do setor poderiam ter apresentado nas comissões do Congresso Nacional).

Assim, desde logo é necessário problematizar a visão clássica da tripartição para, a partir dela, reconstruir doutrinariamente o modelo que se deve aplicar sobre a estruturação estatal. E tentaremos demonstrar que estamos hoje organizados por um Estado Jurislador, no qual a equação original da segurança jurídica pautada na tripartição foi totalmente alterada.

Claro que uma tese com tal finalidade poderia ter como pressupostos: (a) uma visão jusfilosófica e política da tripartição; ou (b) uma visão processual-orgânica do funcionamento do Judiciário; ou ainda (c) uma visão histórico-hermenêutica pautada na Teoria Geral do Direito. Tais possíveis visões serão utilizadas como base de apoio à análise, sem perder o foco no fato de que a tese aqui apresentada se propõe como algo inovador dentro da Teoria Geral do Estado, e apenas isso.

O foco principal se assentará na ideia de graus de dominação ou de legitimação indireta para o exercício dos poderes estatais. Ao lado do direito outorgado pelas normas, temos o direito estabelecido pelas instituições.

Neste sentido é que o movimento pendular do direito vai dos parlamentos para os tribunais, sendo necessário mensurar se validamente houve uma apropriação da legitimação democrática original pelo Judiciário. Ou se, em vez disso, estariam as instituições da Justiça, em nome da coletividade, aumentando a proteção dos cidadãos.

Em nossa visão, não é suficiente criar-se um populismo ou um

paternalismo judicial, ao qual os cidadãos assistam passivamente. A meta de todo o sistema de organização de poderes para acesso a direitos fundamentais é a retroalimentação global do sistema. E, para tanto, é necessário implantar mecanismos que ampliem a saída da minoridade aos cidadãos.

CAPÍTULO 2. SEGURANÇA JURÍDICA PRA QUEM?

Ao lado do direito produzido pelos representantes do povo, há o direito configurado pela sociedade e suas instituições. Usamos aqui a expressão instituições em sentido largo. Com o conceito de Estado Jurislador, pretendemos recortar a atuação das pessoas e dos órgãos que exercem a fixação de sentido sobre os comandos do direito.

Se por um lado não é dado aos juízes, de ordinário, o poder de criação de direito a partir do nada (“ex nihilo”), cabe a eles, por outro lado, a atualização do sentido das normas, a partir da interpretação requerida por uma realidade cambiante. Tal competência surge da normal evolução que os tempos impõem.

Foi assim, ao longo dos séculos, por exemplo, que o “pátrio poder” deixou de ser o poder de vida e de morte do pai sobre sua prole, para se tornar o poder familiar, compartilhado e consensual, em favor dos filhos. Isto, em uma composição sedimentada através dos séculos.

O Supremo Tribunal Federal ampliou o conceito de família ao entender que pessoas do mesmo sexo podem se reunir com apoio e reconhecimento estatal (seja para fins sucessórios, fiscais ou previdenciários). Os institutos do direito são atualizados ao longo dos anos pelo trabalho da doutrina e da jurisprudência.

O que há de novidade, no sistema atual, é a criação de direito novo por interpretação hierarquicamente oponível às instâncias inferiores e à própria administração pública. Para além do mote de Justiniano (“Legibus et Armis”), caminhamos de um Estado de Direito tradicional armado com leis, para um Estado Jurislador armado com jurisprudência.

Como meio de entender a força de tais armas no direito brasileiro, vamos aqui analisar a estrutura do Supremo Tribunal Federal e os riscos e vantagens para a segurança jurídica.

O conceito de Estado Constitucional com Tripartição de Funções pode hoje, portanto, ser relido como Estado Jurislador, na condição de Estado de Direito cujas balizas são, dia após dia, maiormente extraídas da ciência jurídica. O fato de que há proeminência ou protagonismo dos tribunais, na leitura dos institutos do direito, deixa de ser um mal em si, se a cúpula do Judiciário for adequada a tal realidade.

O tema, sob esta perspectiva, não é tratado no Brasil, mas sim em outros sistemas, como o francês, sob o nome “état jurislatureur”, ou no anglo-saxão, como “juristocracy”. Se estamos diante de uma judiciariocracia ou de uma supremocracia, e se a Corte está legitimada perante a sociedade para o exercício de larguíssimas funções, temos que promover as necessárias adaptações para que tal função prossiga em nome do Estatuto do Cidadão. Em sem riscos para a segurança jurídica.

2.1. Formação local de uma elite insurgente

Iniciamos nossa investigação pelas origens do surgimento do órgão de cúpula do Judiciário brasileiro e suas funções iniciais. Com o devido respeito, é aí que estava, desde a época mais primeva, o “embrião de Cérbero”, que já nasceu neste formato, mas manteve duas de suas cabeças ocultadas por grande período.

Justamente as duas cabeças que posteriormente iriam abocanhar o Executivo e o Parlamento. O Judiciário nunca esteve plasmado de modo inocente nas normas ou na Constituição Brasileira, e requeremos aqui a licença para comparar o Judiciário com o cachorro de três cabeças que proibia a saída do Tártaro.

Após a independência do Brasil em 1822, a elite portuguesa – que aqui ainda reinava – não teve como resistir às pressões por uma Constituição Brasileira, ainda que conturbado o modo de produção de seu texto (conforme já referimos anteriormente). Assim, neste contexto é que, a partir de 25 de março de 1824, fica prevista na Constituição a existência de um Supremo Tribunal de Justiça, como

ápice jurídico de nosso sistema recursal.

Isso serviu para deslocar o polo decisório sobre nossa realidade, das Cortes Portuguesas para o solo brasileiro. Claro que, inicialmente, ainda havia alguma superposição de competências. E ainda uma prevalência da elite intelectual portuguesa em todas as esferas e estamentos decisórios, o que moldava os modos de agir e pensar da justiça brasileira.

Entretanto, esse processo histórico de aceitação da capacidade jurídica do Brasil, de ser protagonista de sua própria realidade, foi paulatino. Mesmo nos debates políticos para a criação de um curso de direito no Brasil, sempre se enfatizou a conveniência de serem outorgados tais cargos de alto comando, preferencialmente, a uma elite de origem europeia.

Rapidamente: Independência em 1822, Constituinte naufragada em 1823, Constituição imposta em 1824, Tratado de Paz, Amizade e Aliança com Portugal em 1825, morte de Dom João VI em 1826, decreto de criação dos cursos jurídicos no Brasil em 1827, e subsequente coroação de Dom Pedro I como Rei de Portugal sob o título “Dom Pedro IV” em 1828. Só aí se fez valer, com força, o “dictum” do art. 1º da outorgada Constituição de 1824, que nos qualificava como “Nação livre, e independente, que não admite com qualquer outro laço de união”, pois, não fosse isso, Dom Pedro talvez tivesse acumulado os dois reinos e retrocederíamos na independência.

Essa rápida enumeração de fatos históricos serve apenas para demonstrar como as instituições se solidificam com vagar e parcimônia. Valores nelas lançados por intelectuais de peso se demoram até sua incorporação como realidade, e por vezes nem se incorporam. Conforme o art. 163 da Constituição de 1824, o Supremo Tribunal de Justiça não passava de uma instância recursal para o que houvessem decidido as “Relações Provinciaes”, e era composto pelos “Juizes Letrados”, oriundos dos antigos tribunais denominados Relações.

Junto com a estruturação das Cortes Locais e seu sistema recursal – cujo modelo estava ainda muito apoiado no sistema Português – houve a necessidade de criação de curso jurídico em solo nacional. Claro que o modelo coimbrão, com suas sebatas, foi importado para os dois Cursos de Direito criados

no Brasil, razão pela qual o “modus operandi” dos portugueses influenciou, e muito, nossas universidades até a primeira metade do século XX.

Segundo Miguel Reale, coube à sensibilidade de Dom Pedro I a sabedoria de determinar a criação dos cursos jurídicos no Brasil em 1827. E isto em um momento histórico no qual ainda estávamos sob o influxo da célebre disputa das codificações de 1814, entre Thibaut e Savigny, de onde surgiu a ideia de “espírito do povo” e o Manifesto da Escola Histórica⁷². O Brasil criava seu curso jurídico, que iria fornecer os primeiros juristas locais. Os quais mais tarde iriam dar apoio para o jovem herdeiro que seria coroado como Dom Pedro II.

Nesse cenário de pressões por respeito a direitos (ainda que fossem deferidos apenas para uma pequena casta) é que surge o estudo da ciência do direito⁷³ no Brasil. Temos assim mais um fato que importa para a compreensão da importância original do direito na formação do estado brasileiro. Para que exista um Judiciário local, habilitado a interpretar a realidade brasileira, é necessário que haja juristas com formação local, voltados para os problemas do Brasil.

É bem verdade que a criação dos cursos jurídicos no Brasil não foi algo pensado como meta ou meio de ampliação da formação do que poderia vir a ser uma elite local preparada para o debate científico do direito nacional⁷⁴.

⁷² Conta a lenda que Beethoven teria retirado o nome de “Napoleônica” de sua Terceira Sinfonia, em 1804, por pressão de Savigny, que repudiava a ideia de que o Código Civil Francês pudesse ser traduzido para o alemão.

⁷³ Temos utilizado a locução ciência do direito aqui sem muito debate. Há muitos autores, todavia, que não aceitam que o direito tenha tratamento de ciência. Esta concepção se deve ao fato de que o objeto do direito pode se modificar com uma simples canetada do legislador. É muito repetida entre nós a frase atribuída a Kirchmann: “três palavras retificadoras do legislador e bibliotecas inteiras se transformam em maculatura”. Entendemos nós, entretanto, que a dignidade do “direito como ciência” conecta-se ao seu aspecto tecnológico, que permite sim analisar a evolução dos direitos no tempo, mesmo no ir e vir das vicissitudes normativas. Esta análise científica tem permitido antecipar narrativas e apresentar prognósticos sobre as consequências que modulam a realidade. Na visão que temos por pressuposto no presente texto, amplia-se mesmo a concepção do “direito como ciência”. Neste sentido ver a obra “A ciência do direito”, de Tercio Sampaio Ferraz Jr., editora Atlas, 2ª edição, 1980, em especial nas pp. 16 e 104.

⁷⁴ Em nossa visão, não é um problema de o direito vir antes da ciência. Tudo vem antes da ciência. O tema central é a possibilidade de se compreender no tempo a evolução do direito, diante da mutação das normas e do entendimento que delas se faz. Se isto puder ser estudado diacronicamente estamos sim diante de uma ciência, porque o conhecimento dinâmico no tempo servirá como mecanismo de previsibilidade. E ter instrumentos para prever é um elemento de certeza. Assim, uma canetada do Legislador não terá transformado em lixo bibliotecas inteiras, pois o conhecimento jurídico “revogado” ainda será útil para entender os fenômenos futuros do direito nacional que vai se recompor e se reorganizar com apoio na doutrina e da jurisprudência.

Isolada era a posição avançada do jurista Visconde de São Leopoldo – que assina com Dom Pedro I o decreto de criação dos cursos jurídicos. Não encontramos registros de pressão positiva da elite local pela criação, pois esta ainda compreendia que o melhor modo de formar as novas gerações era ir buscar este conhecimento na Europa (como de fato grande parcela da elite brasileira, até hoje, assim ainda pensa). Ademais disso, os colégios dos jesuítas – exército de Cristo com o carisma da educação – mais adestraram os indígenas do que produziram um pensamento crítico local, que pudesse fornecer para as futuras escolas superiores um número mínimo de candidatos preparados e habilitados.

A ideia da criação de um curso jurídico em solo nacional – debatida no Parlamento – foi politicamente trabalhada pelo médico do Paço Imperial, dr. Mamede, que queria trazer seu sobrinho Avelar Brotero, formado em direito em Coimbra, para alguma função no Brasil. Avelar Brotero, que desde 1823 estava em Açores, chega ao Brasil com 27 anos de idade para se tornar o primeiro professor daquilo que viria a ser futuramente a faculdade do Largo de São Francisco⁷⁵.

2.2. O nascimento do Supremo Tribunal Federal

Uma vez proclamada a independência, com a Constituição de 1824, foi criado o Supremo Tribunal de Justiça. Iniciemos com a lição autorizada de Carlos Veloso:

“... proclamada a independência em 1822, a Constituição Imperial de 1824 mandou criar o Supremo Tribunal de Justiça, como sucessor da antiga Casa de Suplicação.

“Com a vinda da família real para o Brasil em 1808, aquilo que era antes competência da Casa de Suplicação de Portugal (ou Casa da Justiça da Corte, como era denominada pelas Ordenações Afonsinas) passara a ser competência da Casa de Suplicação do Brasil. Evidente que com o retorno de Dom Pedro I à Europa, passasse a cogitar a devolução da centralidade administrativa (e judiciária) do Rio de Janeiro para Lisboa. Estamos aqui em um momento inicial embrionário de desentrelaçamento dos judiciários

⁷⁵ cf. Miguel Reale, “Filosofia em São Paulo”, Edusp, 1976, p. 64.

luso e brasileiro, que vai se firmando até ser plasmado, de direito, na primeira Constituição.

“A Lei de 18.9.1828 criou o Supremo Tribunal de Justiça, atendendo ao comando constitucional, o qual foi instalado em 1829. É interessante registrar que o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal somente foi criado 1833.”⁷⁶

Este cenário de mudanças foi, em grande medida, fruto da abertura que originalmente se auto-impôs Dom Pedro I. Perceba-se, todavia, que o Imperador estava pavimentando um caminho de maior abertura político-negocial, ainda que não percebesse o risco que corria a monarquia por ele dirigida (que logo em seguida iria sofrer a pressão das Cortes Portuguesas para devolver a centralidade administrativa do Rio de Janeiro para Lisboa).

Da outorgada Constituição de 1824 até 7 de abril de 1831 (data da abdicação de Dom Pedro I em favor de seu filho) a situação do monarca que encerrava o primeiro reinado foi se deteriorando paulatinamente. Inicia-se o período da regência (1831 a 1840), tendo Dom Pedro I deixado José Bonifácio como tutor de seu filho, após a célebre guinada conservadora em que se sentiu ameaçado pela elite brasileira, ansiosa por impor limites ao exercício do poder moderador. Vejamos o comentário de Jorge Caldeira:

“Em novembro de 1823, na esteira de sua guinada conservadora e do fechamento da Constituinte, José Bonifácio acabou sendo exilado de seu país, do país no qual estivera no centro da construção. Durante seis anos ficou na França, criticando seguidamente o despotismo de d. Pedro e dos governantes brasileiros. Somente em 1829, com 66 anos de idade, pôde finalmente voltar ao Rio de Janeiro, para assumir a cadeira de Senador e assistir à derrocada do Imperador.

“Dessa vez, a onda vinha de outro lado: os liberais faziam uma oposição dura, que acabou resultando na abdicação do imperador, em 1831. Como um de seus últimos gestos, d. Pedro reconheceu em José Bonifácio o homem ideal para formar seu filho e herdeiro, então com 5 anos de idade. Mas nem isso lhe foi permitido. Tanto quanto absolutistas, os liberais brasileiros tinham reservas com relação a ele, partilhando da desconfiança com relação a seu projeto. E assim, mais uma vez, não pôde exercer atividades de

⁷⁶ Cf. Ministro Carlos Mario da Silva Veloso, na apresentação da obra “O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência”, de Lenine Nequete, Brasília, 2000.

poder: em 1833 foi retirado da tutoria, acusado de tramar a volta do Absolutismo – acusação de que foi inocentado.”⁷⁷

Temos o fim da regência e Dom Pedro II assume o poder. Em julho de 1889, Dom Pedro II encarece a Salvador de Mendonça e Lafayette Rodrigues Pereira que aproveitem sua missão aos Estados Unidos para estudar o funcionamento da Suprema Corte Americana. Segundo Lêda Boechat Rodrigues⁷⁸, naquela ocasião, o Imperador teria firmado posição no sentido de que preferiria transferir a uma Corte Suprema o Poder Moderador que lhe era cometido pela Constituição Imperial. Perceba-se que Dom Pedro II preferia despersonalizar as decisões apoiadas e fundamentadas em seu poder moderador.

Assim, de duas uma: ou Dom Pedro II era realmente um monarca culto e diferenciado (como afirmam os que o elogiam) ou simplesmente preferia tirar de seu horizonte imediato de tarefas tais atribuições institucionais, pois não acreditava que precisava de algo mais do que “simplesmente existir” para manter-se na posição de imperador.

2.3. Poder Moderador: do Conselho de Estado para a Corte Suprema

O exercício do Poder Moderador por Dom Pedro II era orientado, em grande medida, pela racionalidade dos Conselheiros do Conselho de Estado. Até podemos cogitar dos motivos que levaram Dom Pedro II a assumir tal postura, mas não podemos duvidar da importância, para o funcionamento da justiça, da implantação de um processo de despersonalização do Poder. Propomos a releitura de tais fatos históricos a partir das lições de Miguel Reale:

“A história do poder e do direito é também a história de suas contradições e conflitos, e tão intrincada se revela, tão ligada ao processar-se total do comportamento humano, que, a rigor, se

⁷⁷ Cf. a introdução de Jorge Caldeira na obra “José Bonifácio de Andrada e Silva” (Coleção Formadores do Brasil), Editora 34, p. 40, 2002.

⁷⁸ Em “História do Supremo Tribunal Federal”, Ed. Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 1965.

confunde com a história como tal, o que não escapou aos olhos perspicazes de um Croce ou de um Collingwood.

“É o que explica a dificuldade de estabelecer-se uma sucessividade histórica entre despersonalização e transpersonalização do poder, pois esta representa, como diz Stone, ‘*the reinforcement of power by associating it with some idea or principle wich transcends the dominating powers*’. Na realidade os dois processos são concomitantes e reversíveis, inserindo-se no processo complementar de integração e de ‘*diminuição do quantum despótico*’ já referido, sendo certo que, consoante o demonstra Georges Burdeau, a institucionalização do poder é uma operação de despersonalização”⁷⁹.

Talvez a decisão de implantar uma Corte Suprema, para que esta assumisse também a função moderadora, conduzisse, na visão do Imperador, a uma despersonalização mais clara de tais atribuições, que passariam a ser designadamente colegiadas. Antes disso, os processos pautados no exercício do poder real de decisão eram remetidos pelo Imperador com o pedido de que os Conselheiros fossem ouvidos. Com a criação da Corte Suprema, saímos de uma práxis relativamente estável e assumimos definitivamente um procedimento jurídico.

Se o imperador realmente pediu a Salvador de Mendonça e Lafayette Rodrigues Pereira que estudassem a Corte norte-americana ou se afirmou mesmo que preferiria abrir mão do poder moderador para um Supremo Tribunal brasileiro, nunca saberemos. Certamente, era muito comum em um ambiente nobiliárquico pessoas que expressassem opiniões “em nome do Rei”. A afirmação colhida por Lêda Boechat Rodrigues na biografia de Salvador de Mendonça é no mínimo curiosa, se considerarmos que o nosso Conselho de Estado já cumpria função muito assemelhada à de uma Suprema Corte.

Ou seja, o Imperador já promovia a delegação da racionalidade decisória do Poder Moderador para o Conselho de Estado. Não faria sentido, portanto, que ele acreditasse que precisava de outro órgão para tal função. Mas talvez o Imperador acreditasse, que por uma Corte Suprema, se pudesse obter colegialidade mais efetiva e granjear aceitabilidade social nas decisões.

⁷⁹ Na obra “Pluralismo e Liberdade”, 1998, pp. 241/242.

O imperador convivia entre juristas autoproclamados notáveis. J. Guilherme de Aragão, em sua tese de doutorado⁸⁰ defendida em solo francês, lista uma série de atribuições do Conselho de Estado, e enfatiza sua importância jurisprudencial.

O fundamento do Poder Moderador era o art. 98 da Constituição do Império, o qual antecedia o mais famoso artigo daquela Constituição, que consagrava entre nós a regra do “princeps legibus solutus”:

Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos.

Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolavel, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma.

Segundo a Constituição de 1824, portanto, mesmo sob Dom Pedro I, já havia a necessidade de se fundamentar juridicamente as decisões tomadas em sede do exercício do Poder Moderador. E o Conselho de Estado cumpriu tal papel, que foi se ampliando até o reinado de Dom Pedro II. Em seu opúsculo “Conselhos à

⁸⁰ Diz Aragão : « Ainsi, le Conseil d'État exerçait des attributions touchant au Pouvoir Modérateur quand il se prononçait sur la convocation des Assemblées Générales, l'approbation ou la suspension des résolutions des Assemblées provinciales, le choix des sénateurs, et en somme toutes les affaires comprises dans l'art. 98 de la Constitution impériale. Ses avis concernaient le Pouvoir Politique s'il s'agissait de déclaration de guerre, de traités de paix et d'affaires internationales, bref, de matières affectées au Conseil Privé, selon le projet constitutionnel de 1823. C'est par rapport au Pouvoir Administratif (gracieux et contentieux) que le classement du Vicomte de Uruguai présente le plus grand intérêt, parce qu'il mettait en lumière la distinction entre les attributions consultatives et contentieuses du Conseil d'État ; mais pour ce qui vise à l'administration, Uruguai appartient au groupe des publicistes du XIXe siècle que n'ont pas compris la véritable nature des fonctions juridictionnelles du Conseil d'État. ». Ver Tese de doutorado « La juridiction administrative au Brésil » (pp. 22/23), cuja banca foi integrada por Paul Bastid, Marcel Waline e Georges Vedel. Tradução livre: “Assim, o Conselho de Estado estava exercendo as atribuições em matéria de Poder Moderador, quando se pronunciava sobre a convocação das assembleias gerais, aprovação ou suspensão das deliberações das Assembleias Provinciais, a seleção dos senadores, e na verdade todas as matérias constantes no Art. 98 da Constituição Imperial. Seus avisos relativos ao poder político se se tratar de uma declaração de guerra, de tratados de paz e de assuntos internacionais, em suma, de substâncias atribuídas ao Conselho Privado, segundo o projeto constitucional de 1823. E em relação ao Poder Administrativo (jurisdição graciosa ou contenciosa), onde a classificação do Visconde de Uruguai é do maior interesse, pois destacou a distinção entre funções de aconselhamento e contencioso do Conselho de Estado; mas quando ao que concerne à

Regente”, Dom Pedro II, preocupado com a simetria de tendências dentro do Conselho de Estado, afirma, já em 1876, para a Princesa Isabel:

“Julgo que o Conselho d’Estado deve compor-se das pessoas de ambos os partidos constitucionaes, isto é, que respeitem o nosso systema do governo, e que sejam honestas, de maior capacidade intellectual e conhecimento dos negócios publicos. Cumpre firmar bem este princípio, mesmo para que os adversários do ministério não pensem que este os propõe para conselheiros d’Estado afim de influir sobre suas opiniões politicas.”⁸¹

Ao que tudo indica, Dom Pedro II já antevia a necessidade de maior fundamentação, pela ciência jurídica, das fórmulas decisórias do seu Poder Moderador, pautada em critérios mais científicos ou minimamente fundados no iluminismo jurídico. Talvez até como regra de autoproteção, para que não precisasse se justificar pessoalmente quando fosse cobrado por alguma postura.

José Reinaldo de Lima Lopes, em seu livro sobre o Conselho de Estado⁸², afirma que o Conselho de Estado imperial exercia, em muitos casos, função análoga à Suprema Corte dos Estados Unidos. E relembra Lima Lopes afirmação semelhante proferida em 1965 por João Camilo de Oliveira Torres:

“Exerceu o Conselho de Estado uma função análoga, posto que mais ampla, à da Suprema Corte dos Estados Unidos. Coube-lhe, como o tribunal americano (que tantos brasileiros admiravam, esquecidos de que possuíam algo semelhante ou melhor dentro de casa) duas tarefas básicas – estabelecer o império da lei e fixar o princípio da supremacia do governo geral e locais. Coube ao Conselho de Estado, além destas, a missão de assegurar a continuidade da administração e do governo”⁸³.

Desde a origem o organograma do Supremo Tribunal Federal já nasceu multifário no concernente à arregimentação de suas competências. Ainda que os

administração, Uruguai pertence ao grupo de publicistas do século XIX, que não compreenderam a verdadeira natureza de jurisdições funções do Conselho de Estado.”

⁸¹ Livraria São José, 1958, p. 69, em português arcaico.

⁸² “O Oráculo de Delfos”, ed. Saraiva, 2010, p. 142.

⁸³ Op. et loc. cit.

estágios fracionários do surgimento de tais competências tenham sido decretados, houve sempre o respeito ao acúmulo de funções e demandas que foram surgindo, e sendo reunidas, ao longo dos anos, sem que restassem lacunas de jurisdição.

2.4. Função moderadora na Corte Judicial

A cúpula do Judiciário foi, assim, acumulando atribuições, ao argumento de que um julgamento jurídico seria mais hostil a pressões políticas. Vejam que até hoje, por exemplo, os pedidos de extradição são julgados pelo Supremo, e não por um comitê interno do próprio Executivo, como ocorre em alguns países.

Não pretendemos aqui promover um esboço histórico completo de todos os percursos e debates travados durante a emancipação das várias Cortes com atribuição em matéria constitucional. O Supremo Tribunal Federal foi ampliando sua competência ao longo das nossas Constituições, que se sucederam até a sua formatação atual. A cognição do Supremo engloba hoje as matérias que foram da competência da Casa de Suplicação, do Supremo Tribunal de Justiça e do Conselho de Estado⁸⁴.

Muitos autores importantes já fizeram este percurso. O maior exemplo, talvez, seja a obra de fôlego de Lêda Boechat Rodrigues.

O que se pretendeu demonstrar no presente capítulo é a formação plural do surgimento do STF no ápice interpretativo do ordenamento jurídico brasileiro. A Suprema Corte tem a atribuição de acertar por último (e não “errar por último” conforme a fácil “trouville” assaz repetida e atribuída a Rui Barbosa). Ou nas palavras de Charles Evans Hughes: “we are under the Constitution, but the Constitution is what the judges say it is” (“estamos sob uma Constituição, mas a Constituição é o que os juízes dizem que ela é”).⁸⁵

⁸⁴ Algumas matérias do Conselho de Estado, como recursos acerca de nomeações de Magistrados, estão agora no Conselho Nacional de Justiça, mas sempre sob a supervisão final do Supremo.

⁸⁵ Frase citada na p. 5 dos “Constitutional Dialogues” de Louis Fisher.

A partir daí, e tendo por pressuposto o acima afirmado, poderemos, mais adiante, debater a força ampliada da Corte neste momento atual. O STF tem ampliado a função de modalizar condutas dos demais Poderes, como ápice do Estado Jurislador. Quando se trata de modular conflitos entre órgãos políticos, é inegável o espaço cada vez maior que vem ocupando a Suprema Corte do Brasil.

Rui Barbosa, que era um admirador da Suprema Corte norte-americana, já via nos tribunais constitucionais a posição de árbitro dos demais poderes⁸⁶. Em nossa visão, é da natureza dos órgãos de jurisdição constitucional a função de compor conflitos jurídico-políticos entre os poderes. Pela simples razão de que a Constituição está no topo do ordenamento interno, e seu intérprete escapa à revisão de outro órgão.

Assim sendo, o Supremo acabará solucionando contendas entre os poderes, pois não haverá recurso a outro poder, ainda que não haja hierarquia entre os poderes no texto da Lei Maior. Em nossa visão, a maior relevância do precedente “Marbury v. Madison” não foi a instauração do “judicial review”, mas sim encerrar os debates entre Jefferson e Adams, sobre quem deveria dizer da interpretação da Constituição. Jefferson, recém-eleito terceiro presidente norte-americano, defendia que o Parlamento seria o intérprete final da Constituição por ser o órgão constitucional mais próximo de representar a vontade do povo. E John Marshall, juiz da Corte Suprema nomeado por Adams, vai deixar estreme de dúvidas que o intérprete não é popular, mas racional: a última opinião será, portanto, judicial.

Ou seja, à moda do que ocorre nos Estados Unidos, nosso Supremo Tribunal Federal evoluiu como ápice da resolução dos conflitos entre os poderes.

⁸⁶ Afirma Roger Stiefelmann Leal: “É correto afirmar, nesse sentido, que as divergências surgidas entre os órgãos político-constitucionais ou a respeito de suas condutas ficam submetidas, em última instância, ao juízo daqueles incumbidos da prática da jurisdição constitucional. Os órgãos de jurisdição constitucional exercem, desse modo, uma função de juiz dos demais órgãos estatais, de árbitro supremo dos conflitos entre os poderes. Rui Barbosa já ensinava, ao dissertar sobre o Poder Judiciário dos Estados Unidos, que ‘ele é o derradeiro árbitro, em todos os assuntos concernentes aos poderes distribuídos na Constituição, o juiz irrecorrível de seus próprios direitos, assim como dos do Congresso e do Executivo’”. [cf. Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo, in Obras seletas de Rui Barbosa: trabalhos jurídicos, Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962, p.94]. Em “O efeito vinculante na jurisdição constitucional”, 2006, p. 37.

Já na origem foi assim. O que se modificou foi o repertório de tais conflitos e o cardápio de soluções com ingredientes não previstos no sistema normativo.

Nesta fratura entre as possibilidades do texto constitucional e a realidade da prática processual constitucional aplicada é que se aloca o Estado Jurislador. Muitos dirão que o Supremo desborda da Constituição, outros que está apenas eliminando possíveis crises institucionais. A atuação do Judiciário poderá ser lida, portanto, ou como estado de exceção (e daí para a frente nada mais é válido) ou como novo estado constitucional (com limites mais abertos para soluções judiciais). Por uma ou por outra solução, estamos obrigados a uma releitura da tripartição de poderes e à composição de uma nova Teoria Geral do Direito.

Sem um novo método de aplicação do direito com textura aberta⁸⁷, não haverá possibilidade de encartarmos as funções do Estado Jurislador em nosso quadro Constitucional. Muitos autores no Brasil têm sido referidos como imprescindíveis doutrinadores do que poderia ser um novo método hermenêutico no Direito (Friedrich Müller, Ronald Dworkin e Robert Alexy são três bons exemplos). Tema esse que deve ser aprofundado pela Teoria Geral do Direito, para que se discuta um método jurídico adequado à realidade constitucional brasileira. O que pode matar o acesso aos direitos fundamentais não é a textura aberta do texto das constituições, mas sim a utilização de um método interpretativo sem um mínimo de rigidez analítica.

As Constituições são abertas para que não se fechem as portas de compreensão e acesso por todas as tendências e ideologias. Sem isso parte dos destinatários ver-se-ia obrigado a negar a força normativa da Constituição. Constata Paulo Bonavides, no seu clássico “Ciência Política”, cuja primeira edição é de 1967:

“A sociedade política contemporânea patenteia uma angustiante crise nas relações dos poderes tradicionais, do mesmo passo que a

⁸⁷ Segundo Marcelo Figueiredo: “Se estudarmos as lições de Hesse, Haberle, Stern, Zagrebelsky, Preuss, Scheider e Canotilho, vemos clara a noção de direito constitucional como um *sistema aberto de regras e princípios*. É um sistema jurídico enquanto sistema dinâmico de normas.” Na obra coletiva “Constitucionalismo multinível e pluralismo jurídico”, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2017, p. 113.

interferência ostensiva de novos poderes parece alterar aquele quadro habitual do equilíbrio mantido formalmente pelos textos das constituições, cada vez mais irreais em espelhar o verdadeiro estado das forças atuantes.”⁸⁸

E o equilíbrio em favor do Judiciário – em especial em favor da Suprema Corte aqui analisada – está soprando no sentido da legitimação de uma maior atuação do direito-racional, na construção do sentido final das pautas de conduta modalizadas. Mesmo antes do novo Código de Processo Civil de 2015, já alertava André Ramos Tavares:

“Curiosamente, contudo, o Congresso Nacional, no Brasil, tem, em recentes manifestações, ratificado uma ampliação do espaço do Supremo Tribunal Federal (contra sua visão minimalista do assunto). Muitas das mudanças legislativas acabaram por criar institutos novos ou alargar institutos já existentes, que não raras vezes culminaram na ampliação do espaço de influência normativa da Corte Suprema brasileira, apontando, como foi anteriormente apresentado, para uma confiança do legislador no juiz constitucional e, particularmente, no STF. E essa ampliação tem ocorrido, normalmente, por meio de regras do processo objetivo (como a eficácia vinculante, a modulação temporal dos efeitos da decisão sobre constitucionalidade, as possibilidades e alcance da súmula vinculante e a falta de imposições processuais mais rígidas a esse instituto).”⁸⁹

E quais são os limites deste Estado Jurislador? O exercício das competências alargadas pelo Supremo Tribunal Federal não pode destruir a legitimidade por ele arrecadada ao longo da história para exercer o Poder Moderador. E, menos ainda, tais competências dilatadas serem exercidas para diluir ou dissolver os comandos lançados na Constituição em benefício do Estatuto do Cidadão. Podemos pressupor que o um Judiciário pluralista estará titularizando a posição de figura central do Estado Jurislador se comprovar-se gestor da

⁸⁸ Malheiros Editores, 1999, p. 144.

⁸⁹ Na Obra “Paradigmas do Judicialismo Constitucional”, p. 166.

“sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” defendida por Häberle.⁹⁰ Somente uma tal postura poderá ampliar a segurança jurídica.

2.5. Segurança jurídica: estabilidade e legitimação democrática

O grande tema do direito é a segurança que este proporciona para as relações sociais. “O direito propõe-se a ensejar certa estabilidade, um mínimo de certeza, na regência da vida social. Daí o chamado princípio da segurança jurídica, cujo conteúdo prevê que o Direito deve proporcionar a estabilidade e a segurança”, afirma Sílvio Luís Ferreira da Rocha.⁹¹ E neste momento indagamos: quem realmente precisa da segurança jurídica? Se o sistema acusatório do Estado for dirigido apenas para um segmento social, é este que vai precisar da segurança, e não o lado mais protegido que sequer é atingido pelas normas.

A sociedade, independentemente do direito, protege mais alguns do que outros. O tema é tão antigo que Hobbes, já em 1651, tinha preocupação com o funcionamento da judicatura ou jurisdição:

“...está anexo à soberania o direito de jurisdição; ou seja, o de ouvir e decidir todas as controvérsias que possam surgir em relação à lei, seja civil ou natural, ou a respeito de fato. Pois, sem a decisão de controvérsias, não há a proteção de um sujeito contra a injúria feita por outro; as leis relativas a ‘meum’ e ‘tuum’ são em vão, e a cada homem permanece, do natural e necessário desejo de sua própria conservação, o direito de se proteger por sua força particular, que é condição de guerra e contrária ao fim para o qual cada sociedade é instituída” (tradução livre).⁹²

⁹⁰ Cf. Peter Häberle, em “Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição”, SAFE, 1997.

⁹¹ Em “Manual de Direito Administrativo”, Malheiros, p. 93.

⁹² Em “Leviathan”, Great Books, p. 103.No original: “...is annexed to the sovereignty the right of judicature; that is to say, of hearing and deciding all controversies which may arise concerning law, either civil or natural, or concerning fact. For without the decision of controversies, there is no protection of one subject against the injuries of another; the laws concerning meum and tuum are in vain, and to every man remaineth, from the natural and necessary appetite of his own conservation, the right of protecting himself by his private strength, which is the condition of war, and contrary to the end for which every Commonwealth is instituted.”

Perceba-se que Hobbes já conectava o exercício da jurisdição à segurança jurídica, e já visualizava que o tema de fundo poderia estar (i) na relação entre indivíduos, (ii) na conexão entre tipos de normas ou (iii) entre estas e os fatos a elas subsumíveis. O ordenamento jurídico é formado por pautas de conduta dirigidas aos cidadãos, pois o Estado é a ficção que só tem validade justamente se operar organizacionalmente. É o tema relativo a quem define o que e quem tem força para obrigar uma ou outra conduta (ou silenciar, eximindo quem não agiu dentro da pauta de conduta correta).

Segurança envolve a pacificação social diante de uma possível guerra de todos contra todos, e o Estado Jurislador – ou o Estado Democrático de Direito tradicional com separação absoluta de poderes – exercita mecanismos coercitivos e de distribuição dos ônus e benesses sociais. Assim, na base da legitimação democrática há uma essência psicológica na aceitação das normas votadas, o que diminui a necessidade de coerção estatal se o povo considera que participou efetivamente da formação da decisão coletiva à qual está obrigado. Cada cidadão tem a sua compreensão empírica da validade normativa. Segundo Habermas:

“...as normas definem de maneira compulsória o que os membros de uma comunidade podem exigir uns dos outros, e de tal maneira que o sentido prescritivo das normas consiste em seu caráter coercivo. As normas estão ‘em vigor’ na medida em que podem ser impostas com o auxílio da ameaça de sanções externas ou internas.”⁹³

Nas palavras de Dalmo de Abreu Dallari em “O renascer do Direito”, é inegável, assim, que “existe sempre a influência de fatores de base psicológica, sendo sabido que o povo obedece mais facilmente e facilita a ação do governo, reduzindo a necessidade de coação, quando se acredita participante das decisões”⁹⁴.

⁹³ Cf. Jürgen Habermas, em “Verdade e Justificação – ensaios filosóficos”, tradução de Milton Camargo Mota, Edições Loyola, 2004, p. 273.

⁹⁴ Dalmo de Abreu Dallari, em “O renascer do direito”, Editora Saraiva, 1996, p. 20.

Assim, um Estado Jurislador não integralmente conectado ato-a-ato mediante apoio ou compreensão de base popular tem o risco de acabar não sendo aceito para fins de cumprimento e respeito às suas decisões. E o que não queremos na Teoria Geral do Estado é o exercício generalizado (não pontual) da desobediência civil. Segundo Maria Garcia: “Poder do Estado e cidadania, autoridade e liberdade, representam o eterno binômio da dimensão social, jurídica e política do ser humano.”⁹⁵ Ou ainda, como afirma Friedrich Müller: “o povo se apresenta em diversos nexos e graus de operações legitimatórias: dependendo do âmbito funcional, como povo ativo, como instância de atribuição de tipo global, como destinatário de padrões civilizatórios da cultura constitucional democrática, que envolvem direitos de resistência ao Estado e direitos de prestações por parte do mesmo”.⁹⁶

O grande tema no Estado Jurislador é, assim, sobre como manter um mínimo de segurança e aceitabilidade de base social. Em matéria tributária, por exemplo, há enorme resistência dos tributaristas para aceitar a ampliação da imposição tributária sem lei específica. Pela estrita legalidade tributária foi mesmo forjado o “nullum vectigal sine praevia lege” (“não pode haver receita estatal forçada sem lei anterior que a preveja”), análogo aos célebres preceitos de Feuerbach em matéria penal.

Helena Taveira Torres afirma em sua obra sobre Segurança Jurídica: “No Estado Democrático de Direito a justificativa do tributo é a Constituição e não direitos pré ou supraconstitucionais ou mesmo escolas econômicas, seja qual for o modelo”⁹⁷. Hoje o direito financeiro global e os novos mecanismos internacionais estão impactando na gestão financeira brasileira.⁹⁸

⁹⁵ Em “Desobediência Civil – Direito Fundamental”, RT, 1994, p. 121.

⁹⁶ Em “Quem é o povo? A questão fundamental da democracia. Tradução Peter Naumann, Editora Max Limonad, 1998, p. 86.

⁹⁷ Em “Segurança Jurídica do Sistema Constitucional Tributário”, Revista dos Tribunais, 2011, pp. 172/173.

⁹⁸ Helena Taveira Torres afirmou em 17.08.2017, no Congresso Internacional de Direito (pelos 190 anos da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco), que o direito financeiro global e os novos mecanismos internacionais estão impactando na gestão financeira brasileira. Não podemos deixar de notar especificamente o BEPS – “base erosion and profit shifting” – e o trabalho que vem desenvolvendo a OCDE. Tudo isto poderá ampliar as possibilidades de arrecadação de impostos (forçando a alteração dos ordenamentos nacionais). A troca de informações pela OCDE irá

Poderá a teoria geral do direito tributário ser reformulada para fins de abarcar novas formas de obtenção de ingressos forçados pelos Estados Nacionais? Alguns destes mecanismos financeiros supraconstitucionais operam à margem dos Estados, e forçam mesmo a readequação destes de fora para dentro (por vezes arranhando, de um só golpe, a segurança jurídica interna e o princípio da legitimação democrática).

Aceitar a imbricação de um sistema externo sobre o nacional pode bulir com as fontes de nosso direito nacional. Pior ainda se isto for promovido por meio de interpretação racional a cargo das várias instituições envolvidas nos mecanismos de normogênese e jurisfação no Estado Jurislador.

Devemos, portanto, rever o tema das fontes e modelos do direito, tão bem tratado por Miguel Reale em 1999. Quando fala sobre os modelos jurisdicionais, leciona Reale: “a *jurisdição* é, pois, antes de mais nada, um *poder constitucional de explicitar normas jurídicas*, e, entre elas, *modelos jurídicos*.”⁹⁹ Em um Estado Jurislador a adoção de um ou outro regime ou modelo altera a essência e as possibilidades jurisdicionais de solução dos casos concretos em debate. Neste aspecto, a interpretação pode valer mais do que uma emenda à Constituição.

Para Reale a pauta de condutas definida pelo ordenamento nasce do processo experiencial. Evidente que tal processo de apreensão da realidade conjuntural pela realidade normativa está, em nosso sistema, intermediado pela pauta normativa, produzida pelo legislador. Esta sistemática estaria na base do sistema de segurança jurídica.

Aí está o grande tema da produção normativa: saber em que medida a produção “democrática” de conteúdo legislado é efetivamente democrática ou apenas formalmente representativa (e agora de influência externa ao nosso território). Para Miguel Reale a jurisfação é a “*juridicidade progressiva do poder*,

certamente ampliar a força tributante dos países envolvidos, com a readequação da legislação interna a partir dos tratados e padrões internacionais, o que irá homogeneizar a legalidade entre as diversas jurisdições. Isto poderá conduzir a uma tributação mais agressiva sobre os grandes grupos econômicos que possuem capacidade global de organização. Resta saber, pensamos nós, até que ponto esta nova imposição de impostos – internalizada nas várias jurisdições – irá ser repassada ao cidadão que com ela não concordou.

⁹⁹ Miguel Reale, em “Fontes e Modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico”, Editora Saraiva, 1999, 1ª ed., 2ª tir., p. 69.

*mas nunca a gênese e o desenvolvimento automático das normas jurídicas particulares graças apenas à projeção ou à pressão das aspirações ou 'representações jurídicas' dominantes em dada coletividade."*¹⁰⁰

O movimento pendular de legitimação da jurisfação estatal corre o risco de afetar o sistema de segurança jurídica, caso se deslegitimem os tribunais para o exercício da função para a qual foram criados. Eis aí o busílis do Estado Jurislador, pois o legalismo só opera mediante um mínimo de formalismo. Em um cenário no qual decisões seguem adjetivamente as formalidades legais para em seguida adulterar materialmente os conteúdos normados dos direitos, sem o correspectivo aumento da legitimação democrática nos órgãos Judiciários, temos o risco de eliminar por completo a segurança jurídica.

Em certa medida, esta potencial falta de segurança jurídica pode, sim, significar um retorno aos primórdios do século XIX. Segundo Paolo Grossi:

“E o legalismo se torna necessariamente também formalismo, já que, de agora em diante, será direito só aquele conjunto de fatos socioeconômicos que o Estado tornará jurídicos graças aos seus complicados tecidos filtrantes. Debaixo da espontaneidade dos fatos não nasce mais nada que tenha intrínseca carga jurídica: ou, melhor, a tem, mas não será reconhecida pelo poder detentor de sanções e de coações e, portanto, por este relegada ao inferno das ilicitudes ou, se for por bem, no limbo da irrelevância.

“A grande codificação do direito privado, penal, processual, que empenha todo o século XIX, é o sinal mais evidente de um direito já nas rédeas do poder. Trata-se, seguramente, de um direito coerente na sua sistematicidade, claro e certo, respeitável, autoritário, munido de um altíssimo coeficiente de aplicabilidade por ser fortificado com o formidável aparato potestativo estatal, mas se trata também de um direito ligado àquele aparato, espelho dele e por ele condicionado, por este reproduzindo as misérias ideológicas. Aqui, o direito, mais do que ordenamento é poder.”¹⁰¹

É evidente que o mero atendimento às regras formais de conversão de pautas de condutas sociais gerais em comandos normativos legislados não bastam para a validação lógico-axiológica de uma solução pontencialmente arbitrária,

¹⁰⁰ Miguel Reale, em “Pluralismo e Liberdade”, Editora Expressão e Cultura, 1998, 2ª ed., p. 232.

¹⁰¹ Cf. Paolo Grossi, em “O direito entre poder e ordenamento”, 2010, p. 104.

imersa em uma complexidade social variegada. Pode haver fraude na feitura da norma e na sua aplicação, como subtipos de fraude à Constituição. É ilegítima tanto uma norma que não passou completamente pelo ciclo de válida formação (processo legislativo aberto e completo) quanto a aplicação de uma norma debatida e aprovada corretamente, mas imposta com conteúdo aditado por interpretação exorbitante e “contra legem”.

É evidente que há grande dificuldade em inserir toda a complexidade social (que é cambiante) seja na norma-votada (pelos representantes do povo no parlamento) seja na norma-adjudicada (pela interpretação judicial no momento da aplicação). E daí – alerta Anna Candida da Cunha Ferraz – “os riscos da interpretação constitucional, quando, acima de qualquer outra função ou finalidade, se volta, unicamente, para a adequação da Lei Fundamental à realidade social, cambiante e mutável”¹⁰². Nas palavras de Heleno Taveira Torres:

“Da complexidade exurgem incertezas, exceções, contingências, indeterminabilidade de resultados, para os quais o direito deve conferir respostas e soluções. Essas são, pois, objeto da segurança jurídica, como medida de controle dos valores do ordenamento e dos seus princípios e normas.”¹⁰³

Existem duas maneiras de enxergar o ordenamento e seu impacto na realidade. Ou bem temos uma visão estritamente formal, procedimental, ou uma compreensão material e substancial das normas. Em uma visão formal, o que importa mais são os limites para a válida interpretação e injeção de conteúdo normativo no texto legal. Já para aqueles que colocam a tônica em um sistema material, a substancialidade do texto legal deve amarrar a realidade, deixando o mínimo possível de espaços para decidir via injeção de conteúdo por interpretação diante da realidade concreta. Afirma Santi Romano, no seu clássico “O ordenamento jurídico”:

¹⁰² Cf. Anna Candida da Cunha Ferraz, em “Processos informais de mudança da Constituição”, 2ª edição, 2015, p. 63.

“A verdade é que o direito é, antes de tudo, instalação, organização de uma entidade social. Se este postulado não é aceito, se vai ao encontro do inconveniente de ter de explicar de modo meta-jurídico o fundamento e o caráter obrigatório do direito. Daí advêm as teorias, que, mesmo possuindo alguma verdade, são inaceitáveis como teorias jurídicas, por apresentarem o direito como força meramente psíquica, para não falar daquelas que vêem neste uma força individual e somente material.”¹⁰⁴

O direito não é uma força meramente psíquica do aplicador das normas, mas tem sim grande influência das paixões e anseios individuais. O processo de aplicação do direito se inicia com a *“intuição do juiz, que apenas subseqüentemente é racionalizada. A teoria tradicional, segundo a qual a aplicação da lei não é mais do que um ato de reconhecimento, é um mero disfarce”*¹⁰⁵, já apontava Franz Neumann nos anos 30. O próprio Hans Kelsen – talvez sob o impacto da filosofia do “como se” de Vaihinger¹⁰⁶ – já admite na primeira edição de sua Teoria Pura do Direito (utilizamos aqui a versão italiana traduzida por Renato Treves) que a certeza no direito é uma ilusão:

“39. A ilusão da certeza do direito. A concepção segundo a qual a interpretação seria um conhecimento do direito positivo é, enquanto tal, um procedimento para extrair norma nova daquela já vigente, constitui o fundamento da assim dita ‘jurisprudência dos conceitos’ que é ainda rejeitada pela doutrina pura do direito. Isto não segue a opinião segundo a qual pelo conhecimento se possa criar norma nova, opinião que surge em última instância da necessidade de representar-se o direito como um ordenamento fixo que determina o comportamento humano em cada um dos seus aspectos e em especial molda a atividade dos órgãos que aplicam o direito internamente antes dos tribunais, em um modo que a função de tais órgãos, e portanto também a de interpretação, deveria ser considerada como a busca de normas já existentes e que devem ser portanto descobertas mediante um determinado procedimento. É a ilusão da certeza do direito que a teoria jurídica tradicional

¹⁰³ Em “Segurança Jurídica do Sistema Constitucional Tributário”, Tese, São Paulo, 2009, p. 185. Publicado pela Revista dos Tribunais, 2011, p. 110, Parte I, item 12.

¹⁰⁴ Em “O ordenamento jurídico”, tradução de Arno Dal Ri Júnior, Fundação Boiteux, 2008, pp. 95/96.

¹⁰⁵ Em “O Império do Direito”, Editora Quartier Latin, 2013, p. 383.

¹⁰⁶ Cf. capítulo de livro postado na internet em formato PDF por Christoph Kletzer (Chapter 2 – Kelsen on Vaihinger):

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2599954 (acesso em 08.11.2016).

conscientemente ou inconscientemente se esforça por manter.”
(tradução livre da versão italiana)¹⁰⁷

Temos duas ordens de problemas. A uma, no que concerne à escolha da norma aplicável. A duas, relativamente ao suposto de fato que se integra à norma e exorta sua incidência em cada caso concreto. Para além da ilusão apontada por Kelsen, temos um problema de segundo grau: a seletividade judicial. “*Não há igualdade entre dois indivíduos que se apresentam frente ao juiz, pois segundo a classe social à qual pertencem, o comportamento do magistrado é – de maneira inconsciente na maioria das vezes – ditado em parte pela ‘apresentação’ física do jurisdicionável. Afinal, já se demonstrou que os magistrados raciocinam em função da camada social à qual pertencem.*” (André-Jean Arnaud)¹⁰⁸.

Dessa forma, quem tem a autonomia para escolher a norma ou para selecionar os fatos-integrativos pode, com facilidade, coarctar ou mesmo destruir a obra do legislador. Sem alterar o texto da norma votada, pode o magistrado fazer com que ela acabe inaplicável aos casos pensados no momento da normogênese. A aplicação das normas pode variar no tempo e no espaço ou restar flexibilizada conforme o destinatário. Segundo Franz Neumann:

“O pensamento do juiz é determinado por dois conjuntos de fatores. Em primeiro lugar, por dominantes individuais; ao desgostar ou gostar de certos advogados ou partes em disputa, de homens e mulheres, de católicos ou protestantes, ou judeus. Estas dominantes individuais são indetermináveis. Elas somente podem ser racionalizadas ao se tornarem hábitos típicos e poderem, portanto, ser observadas e levadas em consideração.

¹⁰⁷ Em “La dottrina pura del diritto”, tradução de Renato Treves, 1953, p. 99. No original: “39. L’illusione della certezza del diritto. La concezione per cui l’interpretazione sarebbe una conoscenza del diritto positivo è, come tale, un procedimento per estrarre norme nuove da quelle già vigenti, costituisce il fondamento della così detta ‘giurisprudenza dei concetti’ che è anche respinta dalla dottrina pura del diritto. Questa non segue l’opinione per cui attraverso la conoscenza si possano creare norme nuove; opinione che sorge in ultima istanza dalla necessità di rappresentarsi il diritto come un ordinamento fisso che determina il comportamento umano in ogni suo aspetto e in special modo l’attività degli organi che applicano il diritto fra i quali prima di tutto quella dei tribunali, in modo che la funzione di questi, e quindi anche l’interpretazione, dovrebbe essere considerata soltanto come la ricerca di norme che sono già esistenti e che debbono essere quindi scoperte con un determinato procedimento. È l’illusione della certezza del diritto che la teoria giuridica tradizionale coscientemente o incoscientemente si sforza di mantenere.”

¹⁰⁸ Em “O direito traído pela filosofia”, SAFE, pp. 164/165.

“Contudo, é ainda mais importante o fato de que a estrutura social condiciona a mentalidade. A maneira com que o juiz observa uma coisa, o que ele apreende, e como ele a transforma mentalmente, é determinada basicamente por sua posição social. A determinação existencial do pensamento difere nos vários estágios do processo judicial.”¹⁰⁹

A partir disto, juízos fictícios são passíveis de implementação com um certo ar de lógica. Daí a importância de controle dos mecanismos de implementação prática do Estado Jurislador, pois se a aplicação das normas depende do discurso jurídico, quem promove a interpretação dá vida às normas votadas a partir da sua leitura pessoal. Afirma Eduardo Garcia Maynes, no livro “Logica del Juicio Juridico”, quando debate a tese kelseniana, que *“a diferença entre a atitude do órgão criador e a do teórico que interpreta as proposições jurídicas para desentranhar seu sentido, de modo algum altera a identidade das normas a que ambas as atitudes se referem, pois sabemos que um mesmo juízo pode ser formulado de muitas maneiras diferentes”*¹¹⁰ (tradução livre).

É claro que aquele que interpreta e injeta conteúdo pode, por um ato pessoal seu, aniquilar a segurança do sistema como um todo. Neste sentido alerta André-Jean Arnaud:

“É bem verdade que a contestação do direito, pelos magistrados, que são os responsáveis por sua aplicação, ameaça inteiramente a ordem social. É por isso que, apesar das afirmações de autonomia do ‘jurídico’, da independência dos magistrados, da separação de poderes, o Estado mantém um controle severo sobre a magistratura. O que é válido para a magistratura o é também, em grau menor, para as outras profissões jurídicas.”¹¹¹

No Estado Jurislador cresce a importância de um maior controle sobre a concertação de intérpretes, pois aquilo que se afirmava em caráter individual, pode tornar-se vinculante com efeitos para todos os demais intérpretes. Talvez seja impossível varrer, do processo de subsunção, uma certa dose basal de

¹⁰⁹ Em “O Império do Direito”, Editora Quartier Latin, 2013, p. 389.

¹¹⁰ Em “Lógica del Juicio Juridico”, Fondo de Cultura Económica, 1955, p. 173.

¹¹¹ André-Jean Arnaud, em “O direito traído pela filosofia”, p. 168/169.

subjetivismo. Isso não significa que a hermênutica em um estado controlado por formas judicialiformes possa ficar à margem da busca de um método de neutralização que tenha como meta ampliar a segurança jurídica.

A doutrina processual está cheia de exemplos de decisões monocráticas auto-referentes como se fossem hipóteses de jurisprudência estável. Ou seja, a partir de uma visão pseudo-isenta do direito, o intérprete seleciona as verdades – aquilo que ele vai considerar certo e estável – que servirão de reforço para o raciocínio que irá estruturar, em total desprestígio a um mínimo de segurança jurídica.

Na visão de Habermas, “à faculdade de distinguir juízos verdadeiros dos tidos por verdadeiros corresponde a faculdade de distinguir juízos morais válidos dos que estão meramente de fato em vigor.”¹¹² Segundo Hans Vaihinger, que tanto influenciou o pensamento de Kelsen, são as verdades práticas que formatam as decisões:

“O juízo fictício não expressa uma verdade teórica ou absoluta, senão uma verdade prática, relativa, isto é, uma verdade que é correta apenas em relação àquele que a expressa e à finalidade que este persegue, ou seja, um conteúdo que podemos designar, não sem cuidado e restrições, como ‘verdadeiro’.”¹¹³

Assim, pelo fato de poder escolher o que seja verdade em cada caso, o juiz erige à condição de hipótese ou premissa do silogismo jurídico aquilo que não passa de uma ficção (por vezes auto-referida em suas próprias decisões isoladas que se apoiam exclusivamente em sua visão de mundo). Vejamos ainda o pensamento de Vaihinger:

“O pensamento natural e ingênuo toma todos os conceitos e métodos do mundo subjetivo por representativos de uma realidade que lhes corresponderia de forma exata. Se já é preciso ter uma boa formação metodológica para discernir o hipotético e o factual,

¹¹² Cf. Jürgen Habermas, em “Verdade e Justificação – ensaios filosóficos”, tradução de Milton Camargo Mota, Edições Loyola, 2004, p. 274.

¹¹³ Cf. Hans Vaihinger, em “A filosofia do como se”, 2011, p. 492.

necessitamos desenvolver argúcia ainda maior para diferenciar as ficções das hipóteses. O pensamento da maioria das pessoas (incluindo-se aí não poucos eruditos medianos) é até os dias de hoje demasiado toco ou indiferente para captar essa diferença em geral, ou, quando captada, para mantê-la em seu estado integral. Por outro lado, foram pelo menos os matemáticos ou juristas, com as ficções empregadas em seus campos (particularmente os juristas, por suas indagações sobre a ficção das pessoas jurídicas), que prepararam o caminho para que se reconheça em geral a diferença entre ficção e hipótese.”¹¹⁴

Esse caminho do fato até a norma e desta de volta ao direito nos dá uma visão procedimental de conteúdo. Segundo Lenio Luiz Streck existem dois modos de encarar a força normativa da Constituição e seu impacto na realidade:

“... de um lado, as teorias procedimentais, e, do outro, as teorias materiais-substanciais. Parece não haver dúvidas de que esse debate é de fundamental importância para a definição do papel a ser exercido pela jurisdição consitucional. A toda evidência, as teses materiais colocam ênfase na regra contramajoritária (freios às vontades de maiorias eventuais), o que, para os substancialistas, reforça a relação Constituição-democracia; para os procedimentalistas, entretanto, isso enfraquece a democracia, pela falta de legitimidade da justiça constitucional. Uma jurisdição constitucional interventiva ‘coloniza’ o mundo da vida, na acepção de Habermas, corifeu da teoria procedimental do direito.

“No Brasil, há um elenco considerável de juristas que – contrapondo-se às teorias processuais-procedimentais – defendem uma atuação mais efetiva da justiça constitucional, questão que assume maior visibilidade em face da notória inefetividade da Constituição e da omissão dos poderes legislativo e executivo na execução de políticas públicas, circunstância que demanda a utilização dos mecanismos (ações constitucionais, controle de constitucionalidade, etc.) aptos à realização dos direitos substantivos previstos na Constituição.

“Do outro lado, as teses procedimentais ganham corpo a cada dia, pela acusação que fazem da judicialização da política (ativismo judicial) pregada pelos setores mais identificados com as teorias materiais.”¹¹⁵

A insegurança resulta justamente do procedimento de aplicação que

¹¹⁴ Em “A filosofia do como se”, 2011, p. 497.

converte o que seria a norma legal em norma-de-decisão do caso concreto. Isto porque quem qualifica e manuseia fatos os corta e recorta ao bel-prazer da solução que antecipadamente já decidiu ser a “correta”. É justamente o que Lyotard chamava de retórica de tipo judicial. Diz Jean-François Lyotard: “*Não se trata de: posso provar por que a realidade é como a digo, mas: na medida em que posso provar, é permitido pensar que a realidade é como a digo.*”¹¹⁶

E eis aí a base da crise do estado atual que se converte em Estado Jurislador e da compreensão procedimentalista do direito, tão bem debatida e apontada por Habermas nos trechos finais de “Faticidade e Validade”:

“Os programas políticos do legislador sempre funcionaram como canais através dos quais conteúdos concretos e pontos de vista teleológicos migraram para o direito.”¹¹⁷

A vontade de origem política, segundo Habermas, delimita os institutos jurídicos a partir dos programas políticos parlamentares. E prossegue ele:

“Então a dialética entre igualdade de direito e de fato recai ao nível de uma segunda natureza; ela passa a ser regulada por critérios que resultam dos processos de adaptação de uma administração que se programa a si mesma.”¹¹⁸

E assim a máquina administrativa se preordena a executar esta pseudo-vontade geral (definida por alguns poucos em nome de todos) com ares de isonomia e atuação abstrata, pois entende Habermas que:

“... os atores sociais, revestidos do poder de negociação paraconstitucional, rompem o quadro da constituição. Também os

¹¹⁵ Em “Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas”, Editora Saraiva, 2012, p. 81.

¹¹⁶ Cf. Lyotard, em “A condição pós-moderna”, Gradiva, 1989, p. 56.

¹¹⁷ Em “Direito e Democracia: entre facticidade e validade II”, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, páginas referidas nos parênteses, p. 171.

¹¹⁸ Em “Direito e Democracia: entre facticidade e validade II”, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, páginas referidas nos parênteses, p. 173.

partidos políticos, que estão autorizados a 'contribuir para a formação política da vontade do povo' (Lei Fundamental, Art. 21), passaram a formar um cartel autônomo do poder que engloba todos os poderes do Estado, o que não está previsto na constituição, e isso por boas razões!"¹¹⁹

Tudo organizado a partir de um paraorganograma de poder, pelo qual as estruturas constitucionalmente previstas fogem de seu leito normal de atuação com vistas a frustrar os direitos da coletividade em nome de interesses paroquiais. Com isso, os problemas de natureza jurídica deixam de ser um empecilho, pois a manipulação de conteúdo das regulações jurídicas, por interpretação, eliminam entraves eventuais de modo tranquilo e objetivo:

"A tendência à objetivação, percebida nesta visão, significa apenas que os problemas que surgem são cada vez menos de natureza jurídica; no entanto, ela não significa que a correspondente prática de administração se subtraia cada vez mais às regulações jurídicas."¹²⁰

Isto torna imperiosa a repactuação da separação de poderes, pois ao se confundirem as instâncias ordinárias de produção, aplicação e execução de conteúdos normativos, fica evidente a total insegurança da tripartição original. Habermas alerta que:

"Hoje em dia, o legislador político tem que escolher entre o direito formal, o material e o procedimental: tudo depende da matéria a ser regulada. Daí a necessidade de uma nova institucionalização do princípio da separação de poderes. Pois o manejo reflexivo de formas jurídicas alternativas proíbe que se tome a lei geral e abstrata como o único ponto de referência para a separação institucional entre instâncias que legislam, que executam e que aplicam o direito. Mesmo durante o período liberal, a separação funcional não coincidiu perfeitamente com a separação institucional dos poderes."¹²¹

¹¹⁹ Em "Direito e Democracia: entre facticidade e validade II", Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, páginas referidas nos parênteses, pp. 177/178.

¹²⁰ Em "Direito e Democracia: entre facticidade e validade II", Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, páginas referidas nos parênteses, p. 179.

¹²¹ Em "Direito e Democracia: entre facticidade e validade II", Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, páginas referidas nos parênteses, p. 182.

A única solução seria, na visão de Habermas, obrigar a que os discursos jurídicos sejam fundamentados (donde a importância do agir comunicativo e da teoria do discurso jurídico, temas da filosofia do direito). Justamente para explicitar e clarificar a zona cinzenta de decisão, tornando precisos os seus contornos no caso concreto, para assim eliminar a insegurança jurídica:

“Na medida em que os programas legais dependem de uma concretização que contribui para desenvolver o direito – a tal ponto que a justiça, apesar de todas as cautelas, é obrigada a tomar decisões nas zonas cinzentas que surgem entre a legislação e a aplicação do direito –, os discursos acerca da aplicação do direito têm que ser complementados, de modo claro, por elementos dos discursos de fundamentação.”¹²²

Na base deste debate habermasiano está a discussão sobre metódica e precompreensão normativa, quando Friedrich Müller deixa claro que a norma de decisão não precede ao caso jurídico. Assim, ainda que o texto normativo seja relevantíssimo na plataforma de representação da interpretação jurídica, sozinho não é capaz de trazer segurança ao sistema jurídico. Vejamos novamente a posição de Habermas em “Verdade e Justificação”:

“O discurso do juiz, que aplica o direito existente – e específico em função de cada caso –, era considerado modelo do julgar imparcial. Mas o conceito de imparcialidade teve de se livrar desse modelo tão logo as próprias normas a ser aplicadas necessitaram de fundamentação. Com isso se diferenciam os níveis de fundamentação e de aplicação das normas. A neutralidade do juiz em relação às partes conflitantes – a venda nos olhos da *Justitia* – é agora insuficiente como modelo de práxis de fundamentação exigida. Pois nela devem tomar parte, com igualdade de direitos, todos os membros enquanto potencialmente envolvidos, de modo que não haja mais uma separação de papéis entre um terceiro privilegiado e as partes envolvidas em cada caso. Agora, todos igualmente se tornaram partes que pretendem se convencer *reciprocamente* na competição pelo melhor argumento.”¹²³

¹²² Em “Direito e Democracia: entre facticidade e validade II”, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, páginas referidas nos parênteses, p. 183.

¹²³ Cf. Jürgen Habermas, em “Verdade e Justificação – ensaios filosóficos”, tradução de Milton Camargo Mota, Edições Loyola, 2004, pp. 297/298.

Isso porque a norma, que significará a modalização da conduta humana, somente passa a existir quando o texto normativo se converte em decisão, norma de decisão que impacta, ela sim, sobre os destinatários do direito. Daí a visão discursiva de Habermas no sentido de que o convencimento recíproco é o que legitima o direito. A norma não preexiste ao caso concreto que vai regular, pois “não podemos confrontar nossas proposições diretamente com uma realidade que já não seja, ela mesma, impregnada pela linguagem; por isso é impossível distinguir uma classe de enunciados de base que se legitimariam ‘por si próprios’ e portanto serviriam de começo e fim de uma cadeia linear de fundamentação.”¹²⁴ Neste sentido adverte Müller:

“...o erro fundamental consistente em considerar que a norma jurídica existe antes do caso jurídico, a ilusão de uma ‘lei pré-caso’ permanecendo, até o presente, de uso comum para abordagens positivista e anti-positivista”¹²⁵ (tradução livre).

O que poderá trazer alguma segurança é justamente a nova compreensão procedimental da Constituição. Evidente que o Supremo Tribunal Federal não pode deixar de cumprir o seu papel de preencher os vazios normativos que lhe são colocados para apreciação, ou mesmo de coarctar os excessos das instâncias inferiores contrários aos limites interpretativos de sua jurisprudência. Isto não significa que a Corte Suprema possa avançar até o limite em que destrua sua própria legitimidade institucional perante a sociedade (e por isso vamos aqui defender a necessidade urgente de mudanças estruturais em sua composição). Ouçamos novamente a posição de Lenio Luiz Streck:

“No Estado Democrático de Direito, *os Tribunais Constitucionais devem adotar uma compreensão procedimental da Constituição*. Habermas propõe, pois, que o Tribunal Constitucional deve ficar *limitado* à tarefa de compreensão procedimental da Constituição, isto é, limitando-se a proteger um processo de criação democrática

¹²⁴ Cf. Jürgen Habermas, em “Verdade e Justificação – ensaios filosóficos”, tradução de Milton Camargo Mota, Edições Loyola, 2004, pp. 281/282.

¹²⁵ In “Discours de la Méthode Juridique”, PUF, 1996, p. 349: « ...l’erreur fondamentale consistant à considérer que la norme juridique existe avant le cas juridique, l’illusion d’une *lex ante casum* restent jusqu’à aujourd’hui communes aux approches positiviste autant qu’anti-positiviste ».

do direito. O Tribunal Constitucional não deve ser um guardião de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais. Deve, sim, zelar pela garantia de que a cidadania disponha de meios para estabelecer um entendimento sobre a natureza dos seus problemas e a forma de sua solução.”¹²⁶

O debate “criação ou injeção de conteúdo” *versus* “identificação ou mera leitura de sentido” é antigo¹²⁷. Já dizia São Paulo que *a letra mata e o espírito vivifica*. A novidade está em que o Estado Jurislador precisa agora conviver com a função criadora do direito nos limites da implementação e ampliação do Estatuto do Cidadão. Conclui Luis Villacorta Mancebo, com fundamento nas lições de Cappelletti e Garcia de Enterría:

“Em realidade, a mesma Constituição que inevitavelmente modifica o seu conteúdo de maneira progressiva e paulatina – bastando recordar sua estrutura dinâmica, programática e fragmentária -, a cujo permanente câmbio, naturalmente, o Tribunal Constitucional também contribui por meio de sua interpretação vinculante; dito de outro modo, a jurisdição constitucional, com o texto da Constituição como limite, contribui de forma decisiva para a tal configuração progressiva – concreção e atualização – do ordenamento constitucional em seu conjunto”¹²⁸ (tradução livre).

O exercício de uma atuação hermenêutica aberta ao tempo deve engrandecer o direito e seus mecanismos de acesso aos bens da vida, sempre em

¹²⁶ Lenio Luiz Streck, em “Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas”, Editora Saraiva, 2012, p. 85.

¹²⁷ Cf. Elival da Silva Ramos: “o debate conceitual entre os interpretativistas e os construtivistas reproduz uma antiga pendência teórica quanto ao modo de enxergar o fenômeno jurídico: para alguns, há nítida distinção entre criação e aplicação do direito; para outros, como Kelsen, nos diversos momentos pelos quais a experiência jurídica se desenvolve sempre se pode surpreender o elemento constitutivo (criativo) e o elemento cognoscitivo (executivo), havendo uma diferença apenas quanto à preponderância de um ou de outro aspecto” (em “Controle de Constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução”, pp. 443/444).

¹²⁸ Em “El pleno sometimiento a la Constitución y al resto de ordenamiento jurídico en la aplicación judicial del derecho”, pp. 101/102: “En realidad, es la misma Constitución quien inevitablemente cambia de contenido de manera progresiva y paulatina – baste recordar su estructura dinámica, programática y fragmentaria –, a cuyo permanente cambio, naturalmente, el Tribunal Constitucional también contribuye por medio de su interpretación vinculante; dicho de otro modo, la jurisdicción constitucional, con el texto de la Constitución como límite, contribuye de forma decisiva a la configuración progresiva – concreción y actualización – del ordenamiento constitucional en su conjunto.”

homenagem à célebre máxima de Ulpiano.¹²⁹ Eduardo García de Enterría chega a conclusão semelhante à nossa no importante livro “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”:

“O Tribunal Constitucional pode, com seus acórdãos, contribuir de modo decisivo para que o consenso inicial se reatualize permanentemente, preservando o texto constitucional das interpretações e da instrumentalização partidária que possam pretender os distintos governos e centros de poder, mantendo sua supremacia efetiva sobre as forças políticas e seus produtos jurídicos ocasionais, assegurando seu papel como regra do jogo objetiva para presidir o combate e a articulação entre as referidas forças e como estatuto supremo de nossa sociedade.

“Não é insignificante tal possibilidade, nem é escassa a responsabilidade que o Tribunal irá assumir ante nosso povo. Em uma parte fundamental, a sorte de nossa Constituição e a possibilidade do estabelecimento definitivo da democracia e da liberdade em nosso solo estarão em suas mãos”¹³⁰ (tradução livre).

Há uma gama enorme de fatos e situações que podem importar em autofagia do sistema jurídico. A pseudo-pressão popular é uma delas. Os gregos já alertavam para os riscos da oclocracia (de “oclos”, multidão, massa). Se uma pequena multidão passar a comandar os caminhos da produção normativa estatal, a democracia pode entrar em colapso autofágico.

Isso ocorre porque as conexões suprapessoais a que se refere Hermann Heller¹³¹ elevaram o procedimento democrático formal a substituir o que seria a realidade democrática material (fabricando artificialmente um grau de homogeneidade social). Consequentemente os valores constitucionais e a certeza

¹²⁹ “Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere” (Tais são os preceitos do direito: viver honestamente, não ofender ninguém, dar a cada um o que lhe pertence).

¹³⁰ Editora Civitas, reimpressão 2001, Tercera Edición, p. 207:

“El Tribunal Constitucional puede, con sus sentencias, contribuir de manera decisiva a que ese consenso inicial se reactualice permanentemente, preservando al texto constitucional de las interpretaciones y la instrumentalización partidista que puedan pretender los distintos Gobiernos y centros de poder, manteniendo su supremacía efectiva sobre las fuerzas políticas y sus productos jurídicos ocasionales, asegurando su papel como regla de juego objetiva para presidir la pugna y la articulación de dichas fuerzas y como estatuto supremo de nuestra sociedad.

“No es baladí esta posibilidad ni escasa la responsabilidad que el Tribunal va a asumir ante nuestro pueblo. En una parte fundamental, la suerte de nuestra Constitución y la posibilidad del arraigo definitivo de la democracia y de la libertad en nuestro suelo van a estar en sus manos.”

de uma interpretação técnica do direito (a partir da Constituição), desde que efetivamente aptos a modalizar a realidade social, são os únicos que podem manter a higidez dos sistemas estruturantes do Estado.

O Estado Jurislador tem por função evitar o retrocesso: o fim do direito é contribuir para o desenvolvimento da civilização, pois de outro modo o aumento da insegurança social importaria em insegurança jurídica. Autoritarismos vazios de fundamentação na ciência do direito são entendidos como involução social.

O papel da ciência jurídica não pode ser outro senão o de servir de instrumento para a evolução, para que os ganhos do passado obtidos por alguns se tornem direitos de todos no futuro imediato. Parafraseando Marcuse: “o ser não é mais a transcendência dolorosa para o futuro, mas sim a reconquista pacífica do passado”¹³².

A frustração dos direitos está mais na não-implementação do que foi acordado do que na negativa de acordo de vontades no debate político. Se o estabelecimento normativo não foi suficiente para garantir certeza e segurança, é papel do intérprete, no momento da aplicação, impedir que se esfacem ainda mais os direitos.

Paul Roubier debate profundamente o papel do princípio civilizador no mundo do direito, e conclui:

“Assim, em definitivo, nós podemos dizer que o *objetivo do direito é contribuir para o desenvolvimento da civilização*. A este respeito, o direito se apresenta, seja como um direito de coordenação entre pessoas juridicamente iguais, e seu mecanismo é neste aspecto o da justiça comutativa; seja como um direito de subordinação regulamentar de relações hierárquicas no interior do grupamento, e seu mecanismo é então o da justiça distributiva”¹³³ (tradução livre).

¹³¹ Cf. Hermann Heller, na sua “Teoria do Estado”, 1968, p. 94.

¹³² In “Éros et Civilisation”, Dalloz, 1963, p. 107.

¹³³ In « Théorie générale du droit », Dalloz, 2005, p. 290 : « Ainsi, en définitive, nous pouvons dire que le but du droit est de contribuer au développement de la civilisation. A cet égard, le droit se présente, tantôt comme un droit de coordination entre les personnes juridiquement égales, et son mécanisme est alors celui de la justice commutative ; tantôt comme un droit de subordination réglant des relations hiérarchiques à l'intérieur d'un groupement, et son mécanisme est alors de la justice distributive. »

Claro que Roubier escreve na primeira metade do século XX, e naquele contexto visualiza como autoritária qualquer tentativa de releitura de normas a partir de princípios não-escritos (para além ou para aquém do que foi estabelecido). Consideremos também os impactos da guinada jusnaturalista de Radbruch no pós-Guerra alemão, e fica fácil visualizar que em quase toda a Europa haverá negativas de se ver grande certeza no juspositivismo, pelo só fato de haver normas escritas outorgando este ou aquele direito social. Maiormente após a facilidade com que se promoveram alterações no sistema de Weimar, por simples decretos do “Guia” alemão. O debate deve focar-se então no grau de certeza e segurança que as formas do direito podem realmente fornecer à sociedade. Vejamos, neste sentido, os dois últimos parágrafos conclusivos do clássico de Roubier:

“As doutrinas formalistas, que estão na própria origem do direito, retomam naturalmente uma posição de crédito, neste grande cenário de crise no qual a segurança jurídica falha, e isto corresponde ao sucesso das ditaduras (bonapartismo, fascismo, etc...) que sucedem a períodos históricos conturbados. A ordem jurídica formalista devolve os espíritos à consideração de valor social fundamental: trata-se de salvar a ordem legal, a qual não vale quando não decorrer de comando do soberano; o regime jurídico imposto será um regime de subordinação, de caráter claramente autoritário.

“É necessário compreender de quais perigos a sociedade está ameaçada. Exatamente lá onde este valor essencial que é a segurança jurídica desapareceu, onde não existe mais nenhum outro valor que possa subsistir; a ordem de progresso se torna desprezível, e a pior injustiça se multiplica com a desordem. O direito cede lugar àquilo que um escritor contemporâneo chama de “o conceito do político”, ou seja, a meras considerações de oportunidade. O operador do direito não tem mais nada a dizer: pois entramos em um domínio no qual não se poderia avançar sem ser tomado pelo medo”¹³⁴ (tradução livre).

¹³⁴ In « Théorie générale du droit », Dalloz, 2005, p. 334 : « Les doctrines formalistes, qui sont à l'origine même du droit, reprennent naturellement crédit, dans ces grandes crises où la sécurité juridique fait défaut, et cela correspond au succès des dictatures (bonapartisme, fascisme, etc...) qui suivent les périodes troublées. L'ordre juridique formaliste ramène les esprits à la considération de la valeur sociale fondamentale » il s'agit de sauver l'ordre légal, lequel ne vaut que par le commandement du souverain ; le régime juridique imposé sera un régime de subordination, à caractère nettement autoritaire.

« Il faut comprendre de quels périls la société est menacée. Là où cette valeur essentielle qu'est la sécurité juridique a disparu, il n'y a plus aucune autre valeur qui puisse subsister ; le mot même de progrès devient une dérision, et les pires injustices se multiplient avec le désordre. Le droit cède la place à ce qu'un écrivain contemporain appelle 'le concept du politique', c'est-à-dire à de pures

Este ponto, em que encerra Roubier referindo-se a Carl Schmitt é que pretendemos utilizar como ponto de partida. Não é verdade que a insegurança do sistema tem um limite tão antecipado. Os mecanismos de funcionamento do Estado Jurislador – evidentemente tratamos do seu funcionamento a partir da Constituição Brasileira e suas instituições – existem justamente para garantir que o trabalho do jurista no manuseio das formas do direito persista e prossiga mais adiante: e sem ser tomado pelo medo (*pas d'effroi*).

Segurança é previsibilidade. E os discursos de aplicação das pautas do direito em um Estado Jurislador precisam ter sustentabilidade para além da normogênese e para além das possibilidades hermenêuticas. Nas palavras de Castanheira Neves no seu livro “O instituto dos Assentos”:

“Implica uma pré-determinação do normativo jurídico que possibilite o seu conhecimento *certus* e postula um esquema de aplicação do direito que permita a previsibilidade e porventura o ‘cálculo’ – *savoir c'est prévoir* –, para que assim os destinatários do direito se possam mover no seio dele em termos de um homem *securus*. É a certeza do direito que vai associada ao legalismo e que este fundamentalmente serviria – por isso vale aqui a expressão *Gesetzessicherheit* dos autores alemães.”¹³⁵

A estabilidade das decisões e principalmente o controle da produção de tais conteúdos normativos não-votados são o único meio de garantir que a vinculatividade das decisões judiciais não arranhe a ampliação do Estatuto do Cidadão previsto no ordenamento jurídico. Aceitar que o estado democrático de direito se efetive por meio de um Estado Jurislador não envolve admitir que uma minoria de intérpretes possa torcer os comandos normativos para destruir um mínimo de sentido e de finalidade social neles inserido originariamente.

É sim possível um Estado Jurislador que não atente contra a segurança

considérations d'opportunité. Le jurisconsulte n'a plus rien à dire : on entre dans un domaine, où il ne pourrait avancer, sans être saisi d'effroi. ».

¹³⁵ Coimbra Editora, pp. 37/38.

jurídica, desde que a autocontenção¹³⁶ colegiada seja exercida coletivamente a partir de um núcleo mínimo de sentidos da jurisprudência pluralista. Quando se fala de exercício de poder jurisdicional, se está a tratar da repartição dos ônus sociais, e alguém sempre irá se considerar vencido e pagará a conta. Se tal decisão for construída de modo plural e por consenso, maior será a chance de pacificação social e menor os riscos para a segurança do sistema. Segundo Reinhold Zippelius, a “função do direito é oferecer soluções susceptíveis de consenso”.¹³⁷

A segurança jurídica não é inversamente proporcional à abertura do texto normativo a diferentes interpretações. Entendemos a segurança jurídica como um padrão que decorre da legitimação do sistema judicial. Ela aumenta com a maior legitimação perante a sociedade, o que se pode ampliar com modificações e posturas que prestigiem o pluralismo jurídico, conforme veremos mais adiante.

¹³⁶ Discurso de posse do Ministro Lewandowski na Presidência do Supremo Tribunal Federal em 10 de setembro de 2014: “Propomo-nos, ademais, a respeitar e fazer respeitar a independência e harmonia entre os Poderes, estimulando nos juízes a adoção da salutar atitude de *self restraint*, de autocontenção, praticada pelas cortes constitucionais dos países democráticos. Com isso queremos dizer que o Judiciário só deve atuar, para suprir eventual lacuna normativa ou inércia administrativa, em caráter excepcional e provisório, e apenas quando a decisão pretoriana se mostrar necessária e inadiável, permitindo, como regra, que o Legislativo ou o Executivo – representantes diretos da soberania popular – possam concluir as suas deliberações no tempo que considerem politicamente mais adequado para o País.”

¹³⁷ Cf. Reinhold Zippelius, em “Teoria do Método Jurídico”, 11ª edição, tradução de António Franco e António Francisco de Souza, Editora Saraiva, 2016, p. 15.

CAPÍTULO 3. INFLUÊNCIAS EXTERNAS

Pelo conceito de Estado Jurislador pretendemos diagnosticar a utilização dos precedentes vinculantes, visando ampliar mecanismos decisórios prudenciais. É necessário identificar as interferências na produção de pautas de conduta dirigidas ao cidadão. A produção de normatividade e a injeção de conteúdo no texto destas sofrem influências externas ao território nacional.

A Teoria Geral do Estado é matéria aberta que permite reunir, por conexão, todas as áreas especializadas do direito público (em especial: constitucional, administrativo, processual, internacional). Sem invadir o campo de conhecimento das demais áreas, tentaremos trazer alguma luz para o debate sobre a configuração do Poder Estatal na condição de Estado Jurislador.

Uma Corte Suprema mais próxima dos destinatários de Justiça aproxima os debates jurídicos do homem médio, e isso é um ganho para todos. O Brasil conta hoje com milhares de cursos universitários de direito: nunca o epíteto de “República dos Bacharéis” foi tão verdadeiro. Isso aproxima o direito da população. Por outro lado, nunca os bacharéis viajaram tanto, sendo certo que atualmente as ideias alienígenas penetram o direito nacional por todos os lados.

Neste cenário de complexidade globalizada, uma visão simples e abstrata do ordenamento pode não resolver. Tratar o direito em um plano positivista, fiscalista ou abstracionista dá maior autonomia para as avaliações jurídicas, mas desconecta o direito da influência social (nacional e internacional). Uma visão meramente dogmática e teórica, selecionando suas premissas de raciocínio, corre o risco de se tornar autorreferente e se isolar da realidade.

Justamente por isso, o realismo jurídico norte-americano tem conseguido atrair a atenção dos países não regidos pelo sistema do “common law”. A construção de soluções jurídicas apoiadas em precedentes aproxima o direito da realidade. É diferente do que ocorre no sistema do “civil law”, pelo qual a

proximidade ou não dos fatos sociais depende da atualização legislativa constante. O sistema do “case law” obriga seus usuários a uma maior interdisciplinaridade.

O direito é operado por pessoas concretas, e a pureza do método não é uma realidade entre nós, brasileiros. Nosso sistema positivo é operado por magistrados voltados ao exercício oracular do direito. A filtragem do modelo jurídico a ser utilizado por cada aplicador ocorre – quando ocorre – apenas na investidura do magistrado, por concurso ou nomeação política com sabatina. E nada garante que o julgador irá seguir algum método individual ou manter-se fiel a determinados preceitos que tenha explicitado.

Melhorar a condição subjetiva dos magistrados pode melhorar o sistema, e tornar mais transparente a aplicação das normas. Argumentos conflitantes não se excluem no momento da aplicação. Afastar ou não uma dada narrativa judicial sobre fatos depende mais do aplicador do que a filtragem racional e sistemática de discursos jurídicos.

E quem defende melhorar a condição subjetiva de juízes, advogados, procuradores e outros operadores jurídicos tem que admitir a total impossibilidade de fechamento das fronteiras nacionais. Ainda que se considere o direito um sistema de normas ontologicamente fechado, é impossível afastar a realidade de que seja cognitivamente aberto.

3.1. O protagonismo vem de fora

Teria o protagonismo judicial vindo de fora das fronteiras nacionais? Existe, sim, um movimento mundial em direção à juristocracia, o que foi assinalado no livro “Towards Juristocracy” de Ran Hirschl. Segundo este autor a agenda política tem sido judicializada, pois *qualquer coisa e todas as coisas são justiciáveis*.¹³⁸

¹³⁸ Afirma Ran Hirschl, em “Towards Juristocracy”: “ ‘Anything and everything is justiciable’ appears to have become a widely accepted motto by courts worldwide. Many countries have seen a growing legislative deference to the judiciary, an increasing (and often welcomed) intrusion of the judiciary

A Corte de Warren – talvez o grande momento do ativismo judicial norte-americano – espalhou seus efeitos pelos países alinhados.¹³⁹ Assim, também é inegável o impacto no ocidente do precedente “Marbury v. Madison” de 1803, que para nós significou basicamente uma afronta do Juiz John Marshall¹⁴⁰ ao novo Presidente Thomas Jefferson, que era inimigo político seu e de seu padrinho John Adams (e assim o “judicial review” nasce de um “acordo pela discordância”, conforme anteriormente já assinalamos).

A influência norte-americana moldou a estrutura de nossa Corte Suprema, na qual a vitaliciedade mitigada (até a aposentadoria compulsória) é considerada uma blindagem contra pressões. Além da influência organizacional norte-americana, sofremos grande influência em matéria constitucional da doutrina alemã (Kelsen, Schmitt, Hesse, Müller) no concernente ao controle de constitucionalidade, e da doutrina italiana (Bobbio, Ferrajoli) relativamente à visão política sobre a estruturação dos poderes. Os direitos fundamentais do eixo europeu sorvemos pela literatura francesa (Sieyès, Rousseau, Lassalle, Duguit, Burdeau). E a leitura de boa parte dos autores estrangeiros, entre nós, teve entrada pela porta do direito português (Canotilho, Jorge Miranda, Vital Moreira), nosso berço original.

into the prerogatives of legislatures and executives, and a corresponding acceleration of the process whereby political agendas have been judicialized.” Harvard University Press, 2007, p. 221.

¹³⁹ Ver Luís Roberto Barroso no “Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo”, Editora Saraiva, 6ª edição, 2017, pp. 443/446, e Leda Boechat Rodrigues, em “A Corte de Warren”, Editora Civilização Brasileira, 1991.

¹⁴⁰ John Marshall deveria ter declarado seu impedimento para julgar as nomeações dos “juízes da meia noite” que ele mesmo subscrevera quando estava no governo do Presidente Adams, na condição de secretário de estado (meses antes de Adams o nomear para a Suprema Corte). A Suprema Corte nega o pedido dos juízes de paz que não tiveram o direito à nomeação, mas ao mesmo tempo manda uma resposta a Jefferson no sentido de que é a Suprema Corte que define o conteúdo final da Constituição, e não o Parlamento – representante do povo – como pretendia Jefferson (quando Marshall e os demais juízes poderiam simplesmente darem-se por incompetentes em razão o capítulo 13 do “Judiciary Act” de 1789, mas preferiram declarar a incompatibilidade deste com o art. 3º, seção 2, da Constituição dos EUA). Por razão de fundo semelhante é que Hans Kelsen em 1920 defende que o Parlamento deveria nomear ou aprovar as indicações dos intérpretes últimos da Constituição, sem o que não haveria isenção da Corte para atuar sequer como legislador negativo. É também por este motivo político que Kelsen se afasta do Tribunal Austríaco em 1929, quando o Poder Executivo modifica a forma de nomeação avança sobre a competência do Parlamento para nomear juízes constitucionais, o que foi lido por Kelsen como a antecipação de uma posição centralizadora e fascista (que vai obriga-lo em seguida a migrar para Colônia, Genebra e finalmente Berkeley).

O protagonismo vem de fora por duplo fundamento. Seja porque a justiça é feita por homens, e estes sofrem influência dos valores conjunturais que mais prezam e valorizam, seja porque a textura aberta das normas constitucionais é a brecha para a entrada de entendimentos estrangeiros que por vezes placitam interesses econômicos fortíssimos.

O cenário jurídico brasileiro atual, de inércia do Parlamento, pode conduzir a choques entre os Poderes da República. Não falta quem assinale a possibilidade de haver uma crise institucional em curso¹⁴¹, calcando tal raciocínio em um “abusivo” ativismo judicial. Vai neste sentido, a recente obra “Crise dos Poderes da República”, coordenada por George Salomão Leite, Lenio Streck e Nelson Nery Junior (junho de 2017).

Preferimos a expressão “protagonismo judicial”. Em nossa visão devemos salvaguardar a atuação do Supremo, que manifesta saudável evolução constitucional. A expressão ativismo foi criada na Corte de Warren, período em que a Corte Constitucional norte-americana foi presidida por Earl Warren.¹⁴² Tal expressão é deletéria, pois traz embutida uma crítica. A partir dela são construídas algumas teses simplesmente demolidoras do ativismo, que não permitem explicar a válida atuação protagonista do Judiciário em muitas situações. A lógica destas teses estaria em que a segurança decorre das normas, que no passado eram “respeitadas” pelos juízes. Ocorre que, junto com a Era dos Direitos, vem a Era dos Conflitos, e não retornaremos mais a um modelo de justiça do passado acessível a poucos.

Este entrechoque de funções na separação de poderes precisa ser estudado à luz da Constituição de 1988. Temos que identificar quando os poderes acabam por retocar competências uns dos outros e quando a atuação cruzada

¹⁴¹ Neste sentido, cf. Enrique Ricardo Lewandowski, em “O protagonismo do Poder Judiciário na era dos direitos”, publicado na Revista de Direito Administrativo v. 251 (maio/ agosto 2009), palestra proferida na Escola de Direito da FGV em 29 de agosto de 2009, p. 85.

¹⁴² Ver Luís Roberto Barroso no “Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo”, Editora Saraiva, 6ª edição, 2017, pp. 443/446, e Leda Boechat Rodrigues, em “A Corte de Warren”, Editora Civilização Brasileira, 1991.

entre os poderes concorre para a diminuição da legitimidade institucional. A interdependência segue modificando-se no tempo¹⁴³.

Ao lado das competências típicas dos poderes existem as atuações atípicas. Assim, exemplificativamente: o Legislativo *julga* nos processos de impedimento político (“impeachment”); o Judiciário *legisla* ao modular regimentalmente algumas faculdades processuais de acesso à Justiça; e o Executivo *julga* por conselhos administrativos paritários. Dentre as várias obras brasileiras que trataram do tema, destacamos o clássico de Miguel Seabra Fagundes.¹⁴⁴ Em nível internacional, merecem atenção os escritos do professor titular de direito constitucional da Universidade de Cantábria, Luis Villacorta Mancebo.¹⁴⁵

¹⁴³ Afirma Marco Aurélio Sampaio, em “A medida provisória no presidencialismo brasileiro”, Editora Malheiros, 2007, p. 107, quando trata da *Separação de Poderes Brasileira*: “O que se quer ressaltar é o aparente fato de que se vive hoje uma modificação do sentido de parte do texto constitucional, referente a toda sistemática de separação de Poderes, ainda que não identificável plenamente em sua extensão e profundidade (já que se trata de processo ainda em andamento), certamente, porém, visível ao estudioso do Direito, se ele não se isolar em discurso formalista e negador de qualquer vivência constitucional que não a ditada pelo texto frio”.

¹⁴⁴ Em “O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário”. Forense, 4ª edição, Rio de Janeiro, 1967.

¹⁴⁵ Em “El pleno sometimiento a la Constitución y al resto de ordenamiento jurídico en la aplicación judicial del derecho”, pp. 96/97. No original: “En todo caso, se admite de manera prácticamente unánime la innegable dificultad existente para definir una ‘barrera estricta’, válida con carácter general y propia de la actividad controladora desarrollada por el Tribunal Constitucional, porque, además de la peculiar estructura de las normas constitucionales, detrás del control de normas se esconden con frecuencia verdaderos conflictos políticos. No obstante, aunque la ‘línea determinante para una definición’ nunca va a ser simple, es posible inferirla con cierta claridad – al menos suficiente – ‘del régimen de funciones de la Constitución’; se rechazan así aquellas opiniones desde las que se acusa al Tribunal Constitucional de actuar como un legislador superior, o de practicar el activismo judicial, con lo que pondría en peligro la estructura constitucional que él mismo está llamado a proteger. En fin, la densidad de control y el margen de configuración del legislador están directamente relacionados y se condicionan recíprocamente: a la diferente amplitud del margen de configuración legislativa le corresponde una específica densidad de control a la hora de realizar el control de constitucionalidad. Con todo, no es posible resolver definitivamente la delimitación conforme a la Constitución entre la jurisdicción constitucional y la legislación únicamente con criterios racionales. Esto refleja, afirma P. Badura, que la vinculación constitucional de la legislación y el reconocimiento del derecho de ejercer el control constitucional de la misma, han permitido la creación de un ‘equilibrio inestable’ – *labiles Gleichgewicht* – entre legislación y jurisdicción; pero se trata de un acto de equilibrio que se ha de realizar día tras día, siendo inevitable que, en casos concretos, se rebasen los límites. Por tanto, el reproche de sobrepasar o haber sobrepasado los límites competenciales no es ni mucho menos infamante, y, lo es menos en determinadas materias, como ha reconocido E.G. Mahrenholz, para quien de forma más concreta la jurisprudencia constitucional en materia de derechos fundamentales es siempre una ‘labor milimétrica’ que se realiza llena de dudas respecto de si una opinión contraria no tiene idéntica justificación.”

O choque de poderes em torno do controle de políticas públicas, por exemplo, envolve múltiplas situações e soluções, estudadas pelo direito processual civil. Não há padrões de direito interno que “a priori” resolvam todos os casos apresentados em Juízo. Muitas das decisões judiciais são construídas a partir de padrões internacionais de acesso ao direito ao bem da vida pretendido. A área da saúde está cheia desta sorte de exemplos.¹⁴⁶

Mas nosso foco de análise não é especificamente o controle das políticas públicas, promovido em benefício de destinatário específico. Mas sim o choque de poderes que possa reformatar, para a frente, uma dada postura na interpretação das normas.

3.2. Abertura do modelo brasileiro no momento da aplicação do direito

Para melhor compreender o funcionamento do choque sistêmico entre as funções estatais é necessário analisarmos os mecanismos constitucionais de controle *interorgânico* entre os Poderes da República¹⁴⁷. Um sistema aberto requer o refinamento dos modos de interpretação, sob pena de o modelo de freios e contrapesos se tornar inaplicável. Se a leitura de cada poder for livre e isolada não haverá parâmetro de debate e conexão entre eles.

Ensina Konrad Hesse que a Constituição é um sistema aberto: “A Constituição não é um sistema fechado e omnicompreensivo, não contém uma codificação, mas sim um conjunto de princípios concretos e elementos básicos do ordenamento jurídico da comunidade, para o qual oferece uma norma de referência. Neste sentido é um ordenamento aberto”¹⁴⁸ (tradução livre).

¹⁴⁶ Neste sentido, consulte-se a obra “Judicialização da Saúde – regime jurídico do SUS e Intervenção na Administração Pública”, de Reynaldo Mapelli Júnior, 2017.

¹⁴⁷ Neste sentido, consulte-se a obra de Karl Loewenstein, “Political Power & Governmental Process”, The University of Chicago Press, Chicago & London, 1965. Deixaremos de lado o controle intraorgânico – feito pelas auditorias internas no Executivo e pelos consultores do Legislativo. Outros temas relevantes são o exercício do controle prévio (pelo veto a projetos de Lei contrários à Constituição ou ao interesse público), e do controle posterior de constitucionalidade (pela via judicial concentrada ou pela via difusa).

¹⁴⁸ Konrad Hesse, no “Manual de Derecho Constitucional”. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1996, p. 6, § 15. Da tradução espanhola: “La Constitución no es un sistema

Niklas Luhmann afirma que o direito é um sistema normativamente fechado e cognitivamente aberto; ou ontologicamente fechado e gnoseologicamente aberto. Para o nascimento da relação jurídica, é inafastável a ocorrência da hipótese normativa apoiada em um suporte fático real; as normas regulam a relação com os fatos e o conhecimento jurídico aceita insumos externos na leitura do ordenamento que incide sobre a realidade. A partir daí, a seleção do que entra e do que sai, do lícito e do ilícito, é do intérprete. Sempre com amparo no ordenamento em vigor, ou, ao menos, deveria ser assim. O tema aqui discutido refere-se à possibilidade de uma abertura hermenêutica desestruturante, contra ou ao lado do ordenamento; para além das lacunas.

A depender da perspectiva utilizada, a compreensão do funcionamento do sistema de interpretação de normas dependeria de uma teoria estruturante do direito, como defende Friedrich Müller¹⁴⁹.

Ainda que sejam juristas com visão aberta na leitura do direito, Müller, Luhmann e Hesse se referem à realidade normativa dos ordenamentos nos quais viveram e promoveram suas pesquisas. A leitura da realidade nacional aqui proposta não desconsidera o pensamento de vários autores e de diferentes sistemas, aproveitando similaridades e analisando dissemelhanças. Mas vamos focar na dialética do que ocorre no Brasil.

O Direito tem um objeto que se altera no tempo e no espaço. No passado, já houvera autores que compreendiam o Direito como uma verdadeira ciência. Isto porque tentavam encartar o direito na lógica do princípio da causalidade, do mesmo modo tal como se dá com as ciências físicas e naturais. A visão mais evoluída do direito já absorve a condição de ciência especial, na qual a relação de sincronia no

cerrado y omnicompreensivo; no contiene una codificación, sino un conjunto de principios concretos y elementos básicos del ordenamiento jurídico de la comunidad, para el que ofrece una norma marco. En este sentido es un ordenamiento abierto.”

¹⁴⁹ Cf. Friedrich Müller, nos “Métodos de Trabalho do Direito Constitucional”: “O texto da norma não ‘contém’ a normatividade e a sua estrutura material concreta. Ele dirige e limita as possibilidades legítimas e legais da concretização materialmente determinada do direito no âmbito do seu quadro. Conceitos jurídicos com textos de normas não possuem ‘significado’, enunciados não possuem ‘sentido’ segundo a concepção de um dado orientador acabado [...]. Muito pelo contrário, o olhar se dirige ao trabalho concretizador ativo do ‘destinatário’ com isso à distribuição funcional dos papéis que, graças à ordem [...] jurídico-positiva do ordenamento jurídico e constitucional, foi instituída para a tarefa da concretização da constituição e do direito”. Tradução de Peter Naumann, Síntese Editora, 1999, p. 47.

estudo do ordenamento é conciliada com a relação de diacronia evolutiva das normas. Segundo Tércio Sampaio Ferraz Junior:

“...em todos os tempos, o direito sempre fora percebido como algo estável face às mudanças do mundo, fosse o fundamento desta estabilidade a tradição, como para os romanos, a revelação divina na Idade Média, ou a razão na Era Moderna. Para a consciência social do século XIX, a mutabilidade do direito passa a ser o usual: a idéia de que, em princípio, todo direito muda torna-se a regra, e que algum direito não muda, a exceção. Esta verdadeira institucionalização da mutabilidade do direito corresponderá ao chamado fenômeno da positivação do direito (Luhmann, 1972).”¹⁵⁰

O direito evolui com a alteração das normas ou sem a modificação destas. Nas situações em que o fato social é mais veloz do que o Parlamento, resta ao Judiciário a função de recortar os fatos da realidade que serão havidos como relevantes. Afirma Lourival Vilanova que o “que determina quais propriedades entram, quais não entram, é o ato-de-valorização que preside à feitura da hipótese da norma. Sociologicamente, não há fatos puros: todo fato social é relacional e toda relação social, além de causal, é normativa.”¹⁵¹

Tal ordenamento aberto coloca nas mãos dos juízes um poder que, dado ser tão largo, se torna ainda mais perigoso se não for contido (ou se o freio aos abusos ficar apenas na dependência da autocontenção subjetiva de cada aplicador da norma). A abertura do sistema normativo é também a porta para que os detentores do poder de julgar dele possam abusar. Já em 1921, Édouard Lambert alertava para o Governo dos Juízes. Ouçamos a lição do mestre de Lyon:

« La conquête de la suprématie politique par le judiciaire s'est réalisée surtout aux dépens du pouvoir législatif et par une invasion dans le domaine du *statute-law*. »

¹⁵⁰ Tércio Sampaio Ferraz Junior. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo, Ed. Atlas, 2ª edição, 1996, p. 75.

¹⁵¹ As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo, pp. 89/90

“A conquista da supremacia política pelo judiciário se realiza sobretudo na dependência do poder legislativo e por uma invasão no domínio do regime estatutário” (tradução livre).¹⁵²

Necessário assinalar que Lambert, em sua obra, está profundamente interessado em apontar as diferenças entre o sistema do “common law” e do “civil law”. No sistema anglo-saxão é a atividade judiciária que revela a lei. Já no sistema do “civil law” as pautas de conduta sociais são votadas e estabelecidas em abstrato por antecipação. Merryman prefere falar em tradições jurídicas distintas¹⁵³.

Pois bem. Promovemos esta introdução para demonstrar que o sistema é, sim, aberto e que há, sim, um protagonismo em curso para a disputa sobre sentidos originários apresentados no futuro com efeitos retroativos.

Parte importante destes valores jurídicos vem de fora das fronteiras, e penetra no nosso sistema sem autorização legislativa expressa ou internalização de tratado específico. E tais valores externos ao território nacional podem impactar na interpretação das normas postas, as quais acabam assumindo uma nova concepção.

3.3. Constitucionalismo multinível e fontes do direito

Na era da globalização econômica não há como impedir a utilização de formas jurídicas estrangeiras na organização da sociedade e das relações sociais. A tendência mundial é a pressão das organizações transnacionais pela abertura do poder soberano dos Estados, como meio de ampliar mercados e eliminar barreiras. As fontes do direito em nosso sistema são a lei e o costume, na condição de fontes primárias materiais. A doutrina e a jurisprudência seriam fontes secundárias.

Isto significa que somente a lei e o costume provado seriam passíveis de exigência e obtenção perante o Judiciário. Ocorre que a modificação e expansão do

¹⁵² Em « Le gouvernement des juges », Dalloz, Paris, 2005 (reimpressão), p. 16.

¹⁵³ Cf. John Henry Merryman, em « La tradición jurídica Romano-canónica », tradução de Eduardo L. Suárez, 2ª edição, 13ª reimpressão, Fondo de Cultura Económica, 2011.

sistema judicial de vinculações acaba por criar uma situação na qual uma interpretação ao lado da lei pode acabar criando um direito ou um procedimento novo. Se assim for, a jurisprudência acabará se tornando, neste aspecto, fonte primária do direito, e poderá ser exigida em Juízo. Da mesma forma as doutrinas placitadas por esta jurisprudência, que acabam operando como fontes produtoras de direitos novos (teoria do domínio do fato, *v.g.*).

Fontes legais e constitucionais de outros países podem acabar transpostas para a legislação ou diretamente para a jurisprudência, via formulações doutrinárias de autores de nomeada. É o que se chama de transconstitucionalismo ou de constitucionalismo multinível.

Nas palavras de Marcelo Neves, “embora a Constituição do Estado constitucional vincule normativamente os seus concretizadores, especialmente juízes e tribunais constitucionais, ela é reconstruída permanentemente mediante a sua interpretação e aplicação por esses mesmos concretizadores”¹⁵⁴. Para Marcelo Neves, este é o paradoxo das hierarquias entrelaçadas.

Marcelo Figueiredo prefere a expressão constitucionalismo multinível para recobrir e estudar o fenômeno do metaconstitucionalismo transcendente:

“Podemos aludir ao chamado constitucionalismo multinível (*multilevel constitutionalism*) ou constitucionalismo em múltiplos níveis, para encarecer a ideia de várias camadas normativas existentes nas realidades internacional e supranacional que se entrecruzam e se auto-influenciam.

“Também podemos falar em *metaconstitucionalismo*, com apoio em Walker, para encarecer a existência de ‘lugares constitucionais’ além do Estado como centros e marcos de processos metaconstitucionais.

Esses ‘lugares’ (*topoi*) desenvolvem-se mais pelo processo de negociação do que propriamente por imposição unilateral de um povo soberano.”¹⁵⁵

Uma das razões deste fenômeno é a tendência das grandes

¹⁵⁴ Marcelo Neves, em “Transconstitucionalismo”, Martins Fontes, 2009, p. 295.

corporações de contratar juristas para a defesa da homogeneização dos sistemas. Isto facilita a livre circulação de serviços e produtos. Quem não se adapta sofre boicote e é tratado como protecionista.

A pressão externa pode chegar a tal ponto que acabe gerando desequilíbrio institucional. Segundo André-Jean Arnaud: “*Podemos até entrever um movimento de desequilíbrio da soberania em direção a uma outra forma de organização política global, com uma tendência à ‘perda da autoridade exclusiva dos Estados em reconhecer a soberania; (à) transferência de autoridade metapolítica para agentes ou instituições não-estatais; (ao) fim do monopólio do Estado sobre a coerção legítima; e à desterritorialização das reivindicações de autoridade por parte dos Estados’.*”¹⁵⁶

Nessa linha, é relevante perceber que atualmente em nosso sistema, e bem assim noutros, existe uma natural imbricação entre os mais variados modelos, com a importação e exportação de “standards” de conduta e procedimentalização de controle judicial. Parte importante desta homogeneização e interpenetração de padrões nasce daquilo que Enrique Ricardo Lewandowski denomina *formas de cooperação intergovernamental e supranacional*, dentro do conceito de intergovernabilidade a partir do trabalho dos organismos internacionais.¹⁵⁷

Isto porque os Estados cedem parte de sua autonomia decisória em troca de benefícios na ordem internacional. Nas palavras de André-Jean Arnaud: “a autonomia dos Estados-nações viu-se bastante comprometida pela interdependência que se desenvolve no seio de uma economia globalizada.”¹⁵⁸

Ao abrirem mão da autonomia legislativa em dada matéria, em benefício da ordem internacional, os Estados nacionais privilegiam uma solução sistêmica que melhor atenda uma racionalidade palatável de mais amplo espectro. Da mesma forma, torna-se necessário formatar o Judiciário de cada país, para que

¹⁵⁵ Cf. Marcelo Figueiredo, em “Constitucionalismo multinível e pluralismo jurídico”, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2017, p. 114.

¹⁵⁶ No texto “Da regulação pelo direito na era da globalização”, no Vol. 1 – A Soberania – do anuário Direito e Globalização do PIDIG (Programa Interdisciplinar Direito e Globalização da UERJ, p.26.

¹⁵⁷ Enrique Ricardo Lewandowski, em “Globalização, Regionalização e Soberania”, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 261.

¹⁵⁸ Ob. cit., p. 25.

barreiras internas na aplicação dos direitos não peguem desprevenidos os patrocinadores dos tratados. Stephen Breyer, na obra “The Court and The World”, no capítulo em que trata do “Juiz como Diplomata”, conclui:

“Quando juízes de diferentes países discutem diferentes abordagens substantivas para problemas legais, desenvolvem procedimentos comparativos e avaliam a eficácia da prática judicial, eles não estão apenas trocando ideias sobre ferramentas específicas sobre comércio. Existe algo mais. O tema subjacente, mas muitas vezes não explicitado, de qualquer reunião deste tipo é a luta contra a arbitrariedade. Se o objetivo é ambicioso, tem sido assim desde a época de Hammurabi. A empresa não está sem contratemplos. Muitas vezes, como o bordado de Penélope, o que criamos durante o dia é desfeito de noite. Mas o esforço vale a pena. A civilização sempre dependia disso. E ainda depende. E agora, em maior medida, juristas de diferentes países se envolvem nesse esforço conjunto”(tradução livre).¹⁵⁹

Em razão da globalização econômica e do efeito transnacional das decisões em matéria constitucional, fala-se hoje em uma diplomacia judiciária.

A Teoria Geral do Direito precisa reordenar as fontes e modelos do direito. Miguel Reale se preocupa com os modelos jurisdicionais: “a *jurisdição* é, pois, antes de mais nada, um *poder constitucional de explicitar normas jurídicas*, e, entre elas, *modelos jurídicos*.”¹⁶⁰ A adoção de um ou outro regime pode alterar o repertório de possibilidades jurisdicionais.

Com todo o respeito ao clássico de René David, temos que rever conceitos na era da globalização. Se a sua ideia fundamental era partir do estudo das fontes formais do direito¹⁶¹, parte desta concepção desaba quando as fontes

¹⁵⁹ Em “The Court and The World”, p. 280. Do original: “When judges from different countries discuss different substantive approaches to legal problems, compare procedures, and evaluate the efficacy of judicial practices, they are not only exchanging ideas about specific tools of the trade. There is more. The underlying, but often unspoken, theme of any such meeting is the sustained struggle against arbitrariness. If the objective is ambitious, it has been so since the time of Hammurabi. The enterprise is not without setbacks. Often, like Penelope’s weaving, what we create during the day is undone at night. But the effort is worthwhile. Civilization has always depended upon it. It still does. And now, to an ever greater extent, jurists from many different countries engage in that effort together.”

¹⁶⁰ Miguel Reale, em “Fontes e Modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico”, Editora Saraiva, 1999, 1ª ed., 2ª tir., p. 69.

¹⁶¹ “**Sources du droit.** – Portons maintenant notre attention sur les sources formelles du droit. Un rôle très différent est assigné dans les divers systèmes à la loi, à la coutume, à la jurisprudence, à la

primárias formais do direito se alteram por setores da gestão governamental. Os elementos de decisão são variantes no Estado Legislador.

Estamos diante do tema da obsolescência das normas. Em uma economia globalizada, internacionalizam-se os sistemas. Segundo Enrique Ricardo Lewandowski: “Há um patrimônio de direitos que não cessam de evoluir e que foram conquistados ao longo dos séculos, cujo guardião é exatamente o Poder Judiciário.”¹⁶² Esta evolução acelerada da sociedade será regrada pelas normas e pela jurisprudência, ao influxo da pressão de leituras externas ao nosso território.

3.4. Diplomacia judiciária

A troca de experiências judiciais entre os vários países sempre existiu. O que ocorre em tempos mais recentes é uma aceleração dos meios de acesso a textos regulamentares e modos de fazer judicial. Segundo o magistrado espanhol Jorge Carrera Doménech¹⁶³ a diplomacia judicial (ou judiciária) “chegou para ficar”¹⁶⁴.

Há mesmo quem defenda a internacionalização do Poder Constituinte “como a influência direta do Direito Internacional na produção de normas internas, cujos destinatários sofrem os efeitos de uma escolha política que se realizou, também, no exterior das fronteiras estatais.”¹⁶⁵ Segundo Enrique Ricardo Lewandowski esta interlocução internacional é plenamente salutar:

doctrine, à l'équité. Il faut, lorsque l'on étudie un droit étranger, savoir que les idées chez nous reçues, touchant les rapports qui existent entre ces différentes sources possibles des règles juridiques, ne sont pas en tous pays les mêmes, et que les méthodes de raisonnement, appliquées par les juristes pour la découverte des règles de droit et le développement du corps du droit, peuvent être en conséquence variées.”, em “Les grands systèmes de droit contemporains”, René David, Huitième édition, Dalloz, 1982, pp. 15/16.

¹⁶² Neste sentido, cf. Enrique Ricardo Lewandowski, em “O protagonismo do Poder Judiciário na era dos direitos”, publicado na Revista de Direito Administrativo v. 251 (maio/ agosto 2009), referente a palestra proferida na Escola de Direito da FGV em 29 de agosto de 2009, p. 80.

¹⁶³ Diretor de Assuntos Internacionais do Conselho-Geral do Judiciário da Espanha e Diretor Executivo da Secretaria Permanente da Cúpula Judicial Ibero-americana.

¹⁶⁴ www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/boletimdaenfam/article/viewFile/1641/1635, com acesso em 17.08.2015.

¹⁶⁵ Cf. Luís Cláudio Coni, em “A internacionalização do Poder Constituinte”, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 155.

“... o Judiciário deve assumir um protagonismo maior na área externa, empregando, com mais habitualidade, os institutos do direito comunitário e do direito internacional, à semelhança do que ocorre no Velho Continente, onde os juízes foram e continuam sendo os grandes responsáveis pela integração europeia, sobretudo ao garantirem a igualdade de direitos aos seus cidadãos. É preciso, também, que os nossos magistrados tenham uma interlocução maior com os organismos internacionais, como a ONU e a OEA, por exemplo, especialmente com os tribunais supranacionais quanto à aplicação dos tratados de proteção dos direitos fundamentais, inclusive com a observância da jurisprudência dessas cortes.”¹⁶⁶

Uma grande vantagem desta interconexão internacional é também permitir um diálogo jurisprudencial entre as Cortes. A internacionalização das relações jurídicas tem ampliado a compreensão da nossa jurisprudência interna sobre os tratados internacionais dos quais o Brasil faz parte.

Assim como há leis que “não pegam”, mais ainda há tratados que não pegam. Marcelo Figueiredo, por exemplo, é um grande defensor do controle de convencionalidade, como meio de forçar a aplicação dos tratados em direitos humanos assinados pelo Brasil. Vejamos a lição de Marcelo Figueiredo sobre o controle de convencionalidade:

“Há um espaço comum em nossa região e, em outra medida, também em democracias (do Norte, da Ásia, África, Europa e do Novo Continente), para que trocas de experiências jurídicas e, sobretudo, jurisprudenciais ocorram em prol de todos os indivíduos.

“O controle de convencionalidade deve ser visto e estudado também como uma possibilidade de diálogo cultural e jurídico entre as diversas democracias de nossa região (sobretudo) e outros Estados.

“É dizer, abre-se a possibilidade de, por intermédio do controle de convencionalidade, estabelecer um diálogo entre tribunais, entre operadores jurídicos que decidem de forma concreta ou abstrata o conteúdo dos direitos, sobretudo, os direitos humanos.

“Pode formar-se, assim, um possível *círculo virtuoso* por intermédio de trocas de contatos e de jurisprudências, deixando de lado questões de hierarquia, para centrarmos nossas preocupações na

¹⁶⁶ Discurso de posse do Ministro Lewandowski na Presidência do Supremo Tribunal Federal em 10 de setembro de 2014.

melhor forma de promover e atender o direito humano questionado e judicializado.”¹⁶⁷

A influência estrangeira é inegável e “várias mudanças culturais emergem de modo inesperado nas cortes nacionais”, afirma David Williams, vice-chanceler da universidade de Cambridge, em “Cortes e Globalização” (p. 69), pois “o processo de implementação de decisões pode ter uma dimensão global”¹⁶⁸. Assim, tanto a influência de pessoas quanto de cortes internacionais penetra nas porosidades do sistema jurídico brasileiro, e influenciam em um novo modelo aberto e globalizante (cf. Paul Martens, em “Les juges: décideurs politiques?”).¹⁶⁹

E prossegue Williams após promover o estudo de casos e exemplos de diferentes jurisdições:

“A globalização está cada vez mais evidente através do efeito de acordos e tratados internacionais, de esforços conjuntos para combater problemas que vão desde exigências ambientais e de segurança, até lavagem de dinheiro e fraude comercial internacional e, não menos importante, da abertura de juízes para tais temas - como vimos nos Casos decididos nos Estados Unidos, África do Sul, Reino Unido e Canadá – aceitando tanto a crescente influência do direito internacional quanto o surgimento de ideias e tendências em outras jurisdições que possam ser adotadas ou adaptadas confortavelmente no processo de litígio” (tradução livre).¹⁷⁰

¹⁶⁷ Neste sentido, ver Marcelo Figueiredo, em “O Controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil”, Malheiros Editores, 2016, p. 79.

¹⁶⁸ Artigo publicado no “Indiana Journal of Global Legal Studies”, p. 59.

¹⁶⁹ « Ce qui rend possible ces mutations de la culture judiciaire, c’est, sans doute, l’internationalisation du droit, l’influence des cultures du *Rechtstaat* et de la *rule of law*, introduites dans nos entendements par les cours européennes, mais aussi l’influence de personnes », afirma o prefácio de Paul Martens na importante obra “Les juges: décideurs politiques?”, sob a direção de Geoffrey Grandjean et Jonathan Wildemeersch. Tradução livre: “O que torna possível esta mutação de cultura judiciária, é, sem dúvida, a internacionalização do direito, a influência das culturas do *Rechtstaat* e da *rule of law*, introduzidas em nossas mentes pelas cortes europeias, mas também pela influência de certas pessoas”.

¹⁷⁰ Artigo citado, p. 66. No original: “Globalization is more and more evident through the effect of international agreements and treaties, of joint efforts to combat problems ranging from environmental and security demands to money laundering and international commercial fraud, and not least of the willingness of judges – as we have seen in the cases decided in the United States, South Africa, the United Kingdom and Canada – to accept both the increasing influence of international law and the emergence of ideas and trends in other jurisdictions which can comfortably be adopted or adapted in the process of litigation.”

A facilidade de comunicação e de transporte entre os continentes encurtou distâncias e facilitou a troca de informações e modelos. Há inúmeras decisões do Supremo Tribunal Federal que referem princípios de direito alemão, norte-americano, português, colombiano, etc., o que tem sido objeto de comentaristas no direito constitucional e no direito processual, sob a rubrica panprincipismo.

O tema ganha ainda maior impacto com o “discurso dos direitos humanos” – para alguns ampliador das pautas de proteção aos indivíduos, para outros apenas mais um meio de exportar o “modus vivendi” das nações ditas superdesenvolvidas. Vejamos então a observação feita por Eduardo Cambi na obra “Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo”:

“Com efeito, a adesão de um número significativo de Estados aos grandes pactos internacionais de direitos humanos se enquadra no que pode se denominar de *constitucionalismo global*.

“Nesse panorama, é indispensável o desenvolvimento de órgãos internacionais capazes de promover o *controle jurisdicional da supranacionalidade* dos direitos humanos. Isso impediria que os Estados violem tais direitos ou, mais amplamente, que o processo de globalização imponha novas formas de opressão, o que faria aumentar o domínio de um pequeno número de nações sobre o resto do mundo.”¹⁷¹

A ideia de globalização do direito vem sendo debatida por muitos autores. Danièle Lochak critica uma visão formalista desta globalização forçada. Diz ela na obra “O direito e os paradoxos da universalidade” (“*Le droit et les paradoxes de l’universalité*”), justamente no capítulo denominado “globalização do direito: uma universalidade de fachada” (“*la mondialisation du droit: une universalité de façade*”):

¹⁷¹ Em “Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo – direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário”, 2016, p. 83, itálicos do original. Prossegue Eduardo Cambi no mesmo trecho: “A globalização, com viés meramente neoliberal, exacerba a hegemonia econômica por parte dos líderes do mercado, aprofundando a lógica liberal, individualista e capitalista imposta ao mundo moderno.

“Ainda, a fim de se promover a democracia internacional, deve ser ressaltado o valor da solidariedade internacional, com a imposição e a regulamentação de ajudas econômicas e intervenções humanitárias capazes de assegurar os direitos humanos, especialmente às populações mais pobres do planeta. Portanto, elevar a democracia à dimensão de uma cidadania mundial, cuidando dos destinos das futuras gerações, é um dos caminhos a serem seguidos pelo direito pós-moderno.”

“A globalização do direito é um fenômeno multiforme que dá lugar a interpretações e apreciações variadas, mas cuja existência é difícil de ser negada.

"Poderíamos ser tentados a ver a forma nova conquistando a universalidade na era da globalização. Mas se o direito globalizado apresenta certos sinais exteriores de direito universal, o movimento que conduz à globalização do direito não significa necessariamente progresso em direção à universalidade, salvo se entendermos o universal em um sentido fraco, mais quantitativo e descritivo do que qualitativo" (tradução livre).¹⁷²

Isto porque existe uma confluência internacional de *standards* jurídicos que impacta na formatação da jurisdição ao longo dos séculos. A nova ordem internacional pulveriza e multiplica os centros decisórios irradiando seus impactos.¹⁷³ Assim, no Estado Jurislador, passa a ser necessária uma nova leitura sobre as práticas do exercício da jurisdição em nossa realidade constitucional brasileira. O Estado-juiz se volta, sobretudo, à sobrevivência da população inserida na aldeia global. Vejamos a posição de Sabino Cassese quando trata da governança e dos ordenamentos públicos globais na crise do Estado atual:

“O quinto aspecto característico dessa governança é de ordem funcional. Enquanto os ordenamentos gerais anteriores, os Estados, declaravam-se defensores de valores religiosos e morais,

¹⁷² PUF, 2010, p. 54. No original :

« La mondialisation du droit est un phénomène multiforme qui donne lieu à des interprétations et des appréciations variées mais dont la réalité est difficilement récusable.

« On pourrait être tenté d’y voir la forme nouvelle et conquérante de l’universalité à l’ère de la globalisation. Mais si le droit mondialisé présente certains signes extérieurs d’un droit universalisé, le mouvement qui porte à la mondialisation du droit ne signifie pas nécessairement un progrès vers l’universel, sauf à entendre l’universel dans un sens faible, plus quantitatif et descriptif que qualitatif. »

¹⁷³ Neste mesmo sentido, ver Eduardo Cambi em “Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo – direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário”, 2016, p. 230:

“A nova ordem mundial é marcada pela heterotopia (isto é, pela pulverização e multiplicidade dos centros de decisão política e empresarial, que não mais se limitam a fronteiras geopolíticas dos Estados nacionais, estando espalhados em diversos lugares do mundo) e pela poliarchia (existência de múltiplos centros de poder), facilitando a dominação não mais de Estados sobre Estados, de povos sobre povos, mas de empresas sobre povos e nações, de alguns sobre todos.”

“Tal perspectiva acentuou a crise da lei, pois o Estado deixou de possuir o monopólio da produção normativa (entidades privadas nacionais ou supranacionais também passaram a regulamentar os comportamentos), multiplicando as instâncias normativas, no mesmo espaço territorial. Isso vem caracterizando o que se denominou de “neofeudalismo jurídico”. Por “neofeudalismo” não se deve entender o retorno à organização política e econômica medieval. Trata-se de organização complexa, sofisticada, com enorme capacidade econômica e de preocupante caráter antidemocrático.”

os ordenamentos gerais e especiais globais visam governar valores econômicos e materiais (sanitários, meteorológicos, alimentares, etc.).

“Enfim, na governança global, a administração tem papel mais importante que a política. Por isso, não tem os problemas próprios dos corpos políticos dos Estados, como problemas de cidadania, de representação e democracia, mas tem problemas de *rule of law*, *expertise*, *accountability*, *speed*, *fairness*, *due process of law* e transparência. Por conseguinte, seria inútil listar os aspectos da democracia política (direito de voto, eleições, Parlamento, maioria e oposição, referendun, partidos políticos e direito de petição) e procurá-los – sem encontrar – nos ordenamentos globais ou em suas partes.”¹⁷⁴

Luigi Ferrajoli em seu livro “A soberania no mundo moderno”, demonstra o fato de que já podemos hoje falar em uma “constituição embrionária do mundo”¹⁷⁵. A importação de padrões e fórmulas jurídicas no mundo informatizado assumiu padrões nunca antes pensados. Soluções jurídicas deixam, assim, de depender de uma preconcepção de pautas de conduta votadas. Muitas soluções jurídicas podem haurir modelos de resolução de problemas a partir da prática acreditada de países vizinhos com realidades similares. Ou pior: simplesmente copiando modelos de potências reconhecidas como estruturas jurídicas respeitáveis, por sua pujança econômica ou seriedade na administração do sistema jurídico político do país.

A internacionalização do direito constitucional é uma realidade incontestável, o que não significa que estejamos diante de uma real evolução qualitativa das posturas jurídicas, como meio de ampliar o Estatuto do Cidadão. O

¹⁷⁴ Em “A Crise do Estado”, Campinas: Saberes Editora, 2010, p. 29.

¹⁷⁵ Ainda segundo Luigi Ferrajoli: “A validade das normas, conseqüentemente, não é mais – conforme a tese que de Hobbes, passando por Bentham e Austin, chegou até Kelsen e Bobbio – uma conotação meramente formal, dependente apenas de suas formas de produção. Ela se tornou também um fato substancial, dependente dos conteúdos das decisões, as quais são inválidas onde contrastam com os novos princípios positivos do direito internacional, de forma que podemos muito bem afirmar que hoje o juspositivismo constitucional desempenha, em relação ao direito vigente, o mesmo papel crítico e normativo desempenhado outrora pelo jusnaturalismo.

“É este, portanto, o constitucionalismo mundial que hoje se impõe aos juristas como horizonte axiológico do seu trabalho. Isso significa, para a doutrina internacionalista, livrar-se daquela falácia realista do achatamento do direito sobre o fato que ainda hoje continua a pesar sobre ela sob a forma de ‘princípio da efetividade’, e assumir como tarefa científica, além de política, a crítica jurídica dos perfis de invalidade e de caráter incompleto do direito vigente e o planejamento das garantias do direito futuro. Acrescentamos que essa tarefa é hoje muito mais urgente e ineludível, porquanto a verdadeira alternativa que temos à frente não é entre realismo e utopia normativista, mas sim entre realismo a curto prazo e realismo a longo prazo.” Editora Martins Fontes, 2002, pp. 61/62.

discurso é sempre de busca de universalidade, mas a preordenada escassez de recursos econômicos tem ampliado a concentração de riqueza nas mãos de poucos, com o direito prestigiando soluções individualistas. Vejamos novamente a opinião de Danièle Lochak:

“A globalização do direito, sob estas diferentes formas, desemboca em uma aproximação de legislações nacionais, em uma homogeneização de práticas de agentes econômicos privados, ou ainda, em certos domínios, sobre fragmentos de direito comum em escala planetária. Mas as condições dentro das quais se efetuam estas aproximações, o contexto dentro do qual emerge o direito comum, não permitem inferir um verdadeiro progresso em direção à universalidade.” (tradução livre)¹⁷⁶

Muitas soluções alienígenas, por exemplo, entram no direito brasileiro por meio de arbitragem (até por pressão da “lex mercatoria”) e suas tipologias de composição de litígio específicas para uma hipótese de exercício atípico de jurisdição. Os temas acabam, por vezes, sendo levados ao conhecimento do Judiciário. Assim é que o novo Código de Processo Civil de 2015 extraiu inspiração no regime arbitral, que sempre foi mais aberto para a busca de soluções procedimentais. Daí os debates sobre o princípio da cooperação, negócios jurídicos processuais impróprios, medidas antiprocessuais ou antiarbitragem, copiadas do sistema inglês das *anti-suit injunctions* e das *anti-arbitration-injunctions*.

Há ainda a entrada de regimes estrangeiros pelas regras de “soft law” e pela adesão ao sistema de cooperação internacional via regramento de organismos internacionais. Na obra sobre os limites do direito (“Aux limites du droit”) Michel Van de Kerchove¹⁷⁷ classifica os vários instrumentos normativos não-legislativos: “soft law” para-legislativo (direito “praeter legem” em concorrência com a lei), “soft law” peri-legislativo (direito recomendado que circunda o sistema normativo oficial) e

¹⁷⁶ PUF, 2010, p. 56. No original : « La mondialisation du droit, sous ces différentes formes, débouche sur un rapprochement des législations nationales, une homogénéisation des pratiques des agents économiques privés ou encore, dans certains domaines, sur des fragments de droit commun à l'échelle planétaire. Mais les conditions dans lesquelles s'effectuent ces rapprochements, le contexte dans lequel émerge ce droit commun ne permettent pas d'en inférer un véritable progrès de l'universalité. »

¹⁷⁷ No texto « Les limites relatives du droit », em especial na p. 35, sob a direção de Caroline Regad, Paris : Mare & Martin, 2016.

“soft law” intra-legislativo (que gera constrição jurídica integral porque internalizado), em ordem crescente de aplicabilidade e vinculatividade. Institutos tingidos pela “lex mercatoria” e a “soft law” entram no país na mala de viagem de magistrados e doutrinadores que participam de seminários e pós-graduações no exterior.

A partir de tudo isso, faz-se necessária uma releitura das formas de implementação dos mecanismos de separação dos poderes. Se os poderes passam a sofrer o influxo real de elementos externos, sem o filtro dos mecanismos de legitimação democrática, perde sentido o discurso jurídico de que nada poderia escapar do normativismo e da filtragem que o ordenamento constitucional interno imanta sobre todo o sistema de jurisfação. O direito constitucional internacional engole parcialmente o direito nacional, que aceita o encilhamento, e ainda retroalimenta a legitimação formal da pressão internacional. Estados vão se alinhando e promovendo confirmação cruzada entre si.

O tema do direito constitucional internacional não escapou à reflexão de José Joaquim Gomes Canotilho:

“É um lugar comum a referência à deslocação do mundo dos Estados, na maioria das vezes Estado-Nação, para o mundo das *constelações pós-nacionais*. O ‘pós-estadual’ e o ‘pós-nacional’ surgem, sistematicamente, como a marca dos tempos globais.

“Neste contexto, não admira que o ‘Estado Constitucional’ apareça, hoje, confrontando com o chamado direito constitucional internacional. Fala-se, com efeito, de ‘direito constitucional integrado’, de ‘estados nacionais supranacionais’, de ‘constitucionalismo pós-nacional’, de ‘estado constitucional cooperativamente aberto’, de ‘estados constitucionais abertos’. Por sua vez, as constituições dos Estados ‘supranacionalizaram-se’ ou ‘internacionalizaram-se’. Quer isto dizer que os Estados se integraram em comunidades políticas supranacionais, ou em sistemas políticos internacionais globalmente considerados. Os problemas do Estado e da Constituição só lograrão reconhecimento jurídico e político se integrados no *direito constitucional internacional*” [R. Uerpmann, “Internationales Verfassungsrecht”, in *Juristenzeitung* 56, 2001, p. 565 ss].¹⁷⁸

¹⁷⁸ Em “Brançosos” e *Interconstitucionalidade – itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, 2012, p. 284, esclarecemos nos colchetes.

O tema central em debate aqui é saber como seria possível um policentrismo na formatação de conteúdos constitucionais, sem que isso atinja de morte a própria soberania estatal. Os mecanismos de produção de comandos normativos por jurisfação, a partir das regras de hermenêutica, sofrem, por evidente, o influxo da centralidade que a Lei Maior impõe.

Ao aceitarmos que o Estado Jurislador pode validamente filtrar comandos normativos internos, a partir de principiologia estrangeira, somos forçados a admitir riscos para a segurança jurídica. Isto porque o discurso de segurança se apoia em grande medida na certeza sobre ordenamento interno. A ignorância da lei interna a ninguém escusa. Mas, e a da “lei” externa?

Ou seja: a diplomacia judiciária e a entrada de elementos externos arejam a jaula fechada que é o ordenamento de cada país. Ao mesmo tempo, entretanto, criam-se fraturas na integridade do sistema que, a depender da largura, podem importar em menor segurança e confiabilidade no sistema jurídico local.

3.5. O Leviatã jurisprudencial: Beemote

Hobbes compara a soberania estatal ao monstro aquático bíblico referido no Livro de Jó (denominado “Leviathan” em Jó 40.24 na “Vulgata Latina” e de Crocodilo-egípcio em Jó 41.25 em nossa Bíblia atual). A melhor comparação talvez fosse com o “Behemoth”, que era retratado como um corpulento hipopótamo ou como um leão monstruoso (quando no mesmo “Livro de Jó” é retratado o domínio de Deus sobre as forças do mal, Jó 40.7-14 e Jó 40.10-19).

Pela ideia de monstro, Hobbes pretendia retratar a força abstrata do Estado, e o Beemote representaria melhor esta figura em nossa visão.

A primeira capa do Leviathan foi ilustrada pela figura do monarca composto por pequenas imagens de súditos, pois o capista compreendeu que a figura do rei deve conciliar os interesses de todos os seus tutelados.¹⁷⁹ Com isso se

¹⁷⁹ A inspiração da capa do Leviathan, que é da segunda metade do século XVII, se deve ao pintor Giuseppe Arcimboldo (1527-1593). E é nesta capa que está a frase mais citada em referência a

pretendia ilustrar a ideia de que o monarca é o todo: concilia os interesses de todos. Sua força vem da unidade. Daí também se ter colocado no frontispício da capa do livro a famosa frase: “Non est potestas Super Terram quae comparetur ei” – Jó 41.24. Daí a origem da multicitada frase atribuída a Hobbes de que não há nada na terra que se compare à força estatal.

Sem retomar todo um debate sobre filosofia política contratualista (Hobbes, Locke, Rousseau), entendemos nós que a interpenetração das várias soberanias não irá conduzir necessariamente a uma reunião de forças para fins de engrandecimento das formas de atuação do poder estatal centralizado. Ao contrário: pode significar a fragmentação deste poder, o que pode estar sendo tematicamente absorvido pelo Estado Jurislador. Na medida em que se fragmentam os centros produtores de normas, cabe ao Judiciário velar pela unidade racional sistêmica.

Jellinek já apontava que a *“soberania aparece, pois, para o Estado moderno com uma dupla direção; em sua origem, negativa; esta foi originariamente a única direção que se conheceu e significa a impossibilidade de limitar juridicamente a própria vontade, mediante um poder estranho, seja ou não este poder o de um Estado”*(tradução livre)¹⁸⁰. Jellinek, todavia, já visualizava naquele momento pretérito, no início do século XX, que a evolução do direito internacional conduziria a uma abertura da visão estreita de uma soberania ilimitada e ilimitável.

A posição de Jellinek¹⁸¹ talvez decorra do fato de que não viveu em um

Hobbes: “Non est potestas Super Terram quae comparetur ei” (“não há poder sobre a terra que se compare ao Leviathan”, que Hobbes compara ao Estado que nada teme).

¹⁸⁰ Em “Teoría general del Estado”, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 438, traduzido da segunda edição alemã de 1911 nos seguintes termos: “La soberanía aparece, pues, para el Estado moderno con una doble dirección; en su origen, negativo; éste fue originalmente el único que se le reconoció y significa la imposibilidad de limitar jurídicamente la propia voluntad, mediante un poder extraño, sea o no este poder el de un Estado.”

¹⁸¹ E prossegue Jellinek: “Mediante o reconhecimento do direito internacional e em virtude deste reconhecimento mesmo, obriga-se o Estado a atos que limitam seu poder jurídico, sem que lhe seja possível desprender-se juridicamente de tais obrigações mediante uma resolução tomada por si mesmo; e há ainda casos em sua vida interior nos quais as modificações da Constituição não podem alterar um princípio jurídico que esteja em vigor. Assim, por exemplo, a lei francesa de 14 de agosto de 1884 proíbe que seja objeto de revisão constitucional a forma de governo republicano. Este princípio pode suprimir-se por um ato de força, mas não por um ato de direito.” Ob. cit., p. 440. Texto da tradução espanhola que utilizamos: “Mediante el reconocimiento del derecho internacional y en virtud de este reconocimiento mismo, obligase el Estado a actos que limitan su poder jurídico, sin que le sea posible desprenderse jurídicamente de tales obligaciones mediante una resolución

momento histórico com tamanha profusão de normas como o atual. Estamos imersos em uma verborragia normativa, com a produção de conteúdos algumas vezes inexecutáveis, importados sem um mínimo de tropicalização.

No Estado Jurislador, tal qual formatado hoje no Brasil, há sim imbricação de princípios não propriamente originais do direito brasileiro, algumas vezes de modo atabalhado.¹⁸² Tais princípios (que muitos têm enfeixado sob o rótulo de principismo ou de panprincipalismo¹⁸³) provêm de fora das fronteiras do território nacional. Sem que haja qualquer debate acerca dos empecilhos que a soberania nacional lhes poderia impor, há sim uma aceitação tácita da comunidade jurídica que os incorpora e aplica.

Assim, altera-se por interpretação o conteúdo direito vigente. Modifica-se o modo de aplicação do direito. Importam-se esquemas de decisão descompassados com o sistema nacional. Transmuda-se o conteúdo normativo para sentidos fora do alcance original da norma legal. Claro que isto não ocorre em todas as decisões dos tribunais. Evidente que não. O que estamos apontando é a modificação sistêmica das possibilidades de decisão, como solução para repartição de ônus e direitos, não propriamente com apoio em decisões votadas legislativamente. O fundamento estaria em situações emergenciais ou em razão da inércia do Legislador em regulamentar direitos.

O presente trabalho não se preordena a comentar ou a analisar decisões da Suprema Corte, o que seria objeto de estudo do direito constitucional e do direito processual constitucional. Nossa análise parte da densidade teórica sobre os

tomada por sí; es más, aun en su vida interior, hay casos en que las modificaciones de la Constitución no pueden alterar un principio jurídico que está en vigor. Así, por ejemplo, la ley francesa del 14 de agosto de 1884 prohíbe que sea objeto de una proposición de revisión constitucional la forma de gobierno republicano. Este principio puede suprimirse por un acto de fuerza pero no por un acto de derecho.”

¹⁸² Relembre-se o julgamento do Supremo Tribunal Federal que aplicou a tese colombiana do “estado de coisas inconstitucional” (ADPF 347), pela qual considerou inconstitucional ou fora dos limites mínimos do aceitável no direito o funcionamento do sistema prisional brasileiro. É inegável que a decisão do STF veio em socorro dos excluídos da sociedade, que sequer possuem representação no Parlamento. Por outro lado, a solução não se amolda com perfeição àquilo que se produz em Colômbia com base na teoria utilizada como ponto de apoio. A decisão da Suprema Corte, na ADPF 347, portanto, serviu de ponto de apoio para melhorias em algo que estava em real situação de emergência, ainda que alterando em parte a teoria do direito colombiano.

¹⁸³ Neste sentido cf. “O valor vinculante dos precedentes – Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes”, de Hermes Zanetti Jr, Salvador, Editora JusPodivm, 2017, p. 29.

temas tratados, e não de uma pesquisa estatística ou clínica sobre decisões concretas. Pretendemos circunscrever a operatividade do Estado Jurislador pelos mecanismos jurídico-políticos de análise da Teoria Geral do Estado.

CAPÍTULO 4. IMPACTOS EXTRA-SISTÊMICOS

Regrar o futuro, sem uma lei votada em um dado sentido, equivaleria a romper com a “ratio essendi” da atividade judicial? Como regra geral: os Parlamentos decidem sobre acontecimentos futuros e os Tribunais legislam acerca dos fatos pretéritos. Ao menos deveria ser assim.

O papel do Poder Legislativo seria julgar o futuro a partir de fatos do passado que servem de arrimo para as normas gerais em debate. Caberia ao Judiciário a função de legislar sobre o passado, qualificando a correta leitura das normas. A fixação de sentido judicial sobre as normas é que passa a ser exigível nos casos similares que se repetem dali para frente.

Contudo, não é o que vem ocorrendo em muitas situações.

Se existe vácuo em uma atividade legislativa deficiente, e a sociedade vem se socorrendo do Estado-Juiz, torna-se imperioso verificar os limites e a validade do Estado Jurislador. Nas palavras de Bertrand Mathieu, na crise da democracia o juiz aparece como autoridade de primeira mão, apto a substituir um Legislador fraco ou faltoso.¹⁸⁴

Vivemos na “Era dos Conflitos” regulados por precedentes. A Era dos Direitos, defendida por Bobbio, se efetiva como “era dos conflitos”. Isto é tanto mais verdade em um sistema como o nosso, no qual havia, no momento da promulgação do Código de Processo Civil de 2015, praticamente uma ação judicial para cada dois cidadãos brasileiros.¹⁸⁵

¹⁸⁴ Cf. Bertrand Mathieu, no texto “Les rôles du juge et du législateur dans la détermination de l’intérêt general”, em “La création du droit par le juge”, tome 50, Archives de philosophie du droit, Dalloz, 2007, p. 48. Diz Mathieu: “C’est dans cette crise de la démocratie que le juge apparaît alors comme l’autorité la plus apte à se substituer à un législateur faible ou défaillant pour exprimer l’intérêt général.”

¹⁸⁵ Discurso de posse do Ministro Lewandowski na Presidência do Supremo Tribunal Federal em 10 de setembro de 2014: “Esse novo papel desempenhado pelo Poder Judiciário fez com que os casos submetidos à sua apreciação crescessem de forma exponencial. Em 2013, segundo o último levantamento do Conselho Nacional de Justiça, tramitaram no Judiciário brasileiro cerca de 95

Em um cenário político-jurídico no qual os instrumentos “sub legem” não são suficientes para o acesso aos direitos, a aplicação “per legem” dos institutos passa de subjetiva a principal.

Com essa base teórica, tentaremos verificar em que situações o exercício da atividade legiferante atípica pelo Judiciário ocorre em níveis aceitáveis, e em quais circunstâncias outras tal atuação merece, e pode, juridicamente, ser reprimida.

A verticalização de posturas e condutas judiciais, via sistema de precedentes prudenciais, afirma-se por sua aplicação. Vivemos uma nova realidade constitucional. Em uma visão institucional-sistêmica, o pêndulo da produção de conteúdo normativo não se restringe mais apenas às mãos do Legislador, mas apoia-se também na atuação do intérprete, que acumula a compreensão de várias gerações jurídicas.

4.1. Influência oligárquica nos meios de comunicação

A principal fonte do direito em um sistema de origem romano-germânica (sistema do “civil law” ou sistema continental) é a lei votada por um Parlamento democraticamente eleito.

A base original dos conteúdos normativos dirigidos aos cidadãos está historicamente assentada nas glosas da escola do direito romano atual (sobre a síntese promovida por Justiniano). Ou seja, a ficção de que o representante votado pode “ex novo” produzir qualquer tipo de conteúdo não é cem por cento verdadeira.

Daí o retorno cíclico à posição que defende o direito natural, em razão da dificuldade de retirar do sistema jurídico os direitos incorporados nas várias sociedades ao longo dos séculos. A máxima hobbesiana segundo a qual “ninguém na Terra se compara ao Estado”, ou na sequência bíblica do livro de Jó “porque foi feito para nada temer”, precisa ser relida nos tempos atuais. Ou seja, o grande

milhões processos. Naquele ano, foram ajuizados aproximadamente 28 milhões de casos novos, sem contar os feitos que ingressaram no Supremo Tribunal Federal.”

Leviatã não pode tudo contra seus súditos. Não em um sistema no qual a filtragem judicial das decisões de poder seja a regra.

Do contratualismo até a teoria moderna da separação de poderes existe um percurso que possui como antecedente lógico uma imbricação de poderes exercidos de modo autoritário, e para uma minoria de pessoas. Quando Getúlio Vargas se elegeu, pouco mais de 5% dos brasileiros votaram naquela eleição, fraudada a bico de pena pelo candidato da situação.

Hoje o “bico de pena” foi substituído pela velocidade cibernética na contabilização de votos. A melhor forma de coordenar os resultados eleitorais em um dado sentido passa a ser a restrição do universo de candidatos. Isto ocorre pelas escolhas partidárias, ou pelo controle dos meios de comunicação de massa que orientam a onda de votos (via propaganda negativa para a destruição antecipada de biografias).

O prêmio Nobel de economia francês Jean Tirole, em seu “best-seller” “Economia do Bem Comum”, alerta, no tópico em que trata da reforma do Estado, para uma nova concepção de atuação estatal: “o Estado moderno deve oferecer os meios financeiros para fazer viver o sistema social ao qual os cidadãos estão vinculados”¹⁸⁶ (tradução livre). E isso vale para todas as áreas da vivência social.

Hoje, tudo decorre do Estado ou com ele tem conexão, e nada sobrevive sem o seu beneplácito. Mais que um Leviatã que tudo pode destruir, o Estado é o Beemote que ocupa todos os espaços, conforme já tratamos no capítulo anterior. Assim, controlar o resultado das eleições – garantindo a propriedade do passe dos eleitos – permite dominar a repartição de benesses estatais e ônus sociais plasmados na lei (aquilo que Aristóteles chamava justiça distributiva).

Na visão liberal do passado, pautada em “deixai fazer, deixai passar”, se pretendia neutralizar a afastar o Estado. Hoje no pós-neo-liberalismo, o que se deseja é socializar os prejuízos com a força do Estado. Já nos anos 70, Maurice

¹⁸⁶ Do livro “Économie du Bien Commun”, no original: “L’État moderne doit avoir les moyens financiers de faire vivre ce système social auxquels nos concitoyens sont attachés.” Editora PUF, p. 231.

Duverger alertava no livro que em português ganhou o título “As modernas tecno-democracias”:

“A nova oligarquia depende muito mais do Estado do que a antiga. Esta exigia sobretudo que ele não agisse, que fosse também tão discreto quanto possível, que se reduzisse à expressão mais simples. O neo-capitalismo exige, ao contrário, um Estado forte e ativo, capaz de regularizar o funcionamento da economia e manter as condições necessárias ao crescimento.”¹⁸⁷

A única forma de fazer a população engulir (ou não perceber) esta socialização de prejuízos é via propaganda massificada. E conclui Duverger: “*A estrutura econômica das tecno-democracias torna necessário este controle dos ‘mass media’ pela oligarquia*”¹⁸⁸. Na mesma linha, as Cortes Judiciais buscam atualmente o assentimento do grande público, e submetem a sua autoridade a uma filtragem midiática (poucos são os juízes isolados nas cortes superiores que decidem sem medo da desaprovação pública).

Claro que isto é feito com uma roupagem invertida, para dar a impressão de que os Tribunais modulam a realidade política e não o contrário. “*Sendo uma instituição com habilidade especial para decidir por meio de justificação pública e com base em princípio, ela estimula que as reações a tais decisões sejam feitas na mesma linguagem, e isso enriquece a política*”, enfatiza Conrado Hübner Mendes na obra “*Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*”.¹⁸⁹

4.2. Colegialidade e competências monocráticas

A viragem para os precedentes começa com a formação de nossos juristas e intérpretes, no direito nacional. São eles que moldam as cortes e seu funcionamento. O direito brasileiro origina-se atrelado ao sistema de ensino coimbrão e suas sebatas. Ao sistema normativo francês (para o direito público) e

¹⁸⁷ Editora Paz e Terra, p. 145.

¹⁸⁸ Ob cit. p. 160.

¹⁸⁹ Editora Saraiva, p. 82.

ao alemão (influenciando o direito privado e o Código Civil de 1916). E, por fim, ao pragmatismo do sistema judicial norte-americano, recepcionado de forma moderada por nossa Constituição analítica na composição da Suprema Corte.

Sempre houve grande subjetividade dos atores judiciais na egolatria que produz o texto final das decisões. Tal avanço das doses de subjetividade individual, em detrimento das compreensões colegiadas, cresceu enormemente com a pulverização midiática promovida pela *internet* e as mídias sociais.

A colegialidade das decisões não é ponto central da força das decisões de nossos Tribunais Superiores. Comumente se ensina aos alunos de graduação em direito que as decisões dos Tribunais valem mais porque, em regra, “três cabeças pensam melhor do que uma”. Como não existiria hierarquia entre segundo e primeiro graus, a decisão do Tribunal vale mais simplesmente porque é quantitativamente mais autoritativa. Por sinal, isto é o que permite aos juízes de primeiro grau a prerrogativa de assumir ocasionalmente vagas em Tribunal na condição de magistrado convocado (o que não ocorre no Supremo Tribunal Federal).

Mas as decisões, nos Tribunais brasileiros em geral, são pautadas em poder monocrático, e não em debates colegiados amplos¹⁹⁰. Ou seja, há toda uma teorização altaneira sobre a importância da colegialidade das decisões, que no fim do dia aterriza em grau zero na maior parte dos casos.

Não temos prática de colegialidade, com a mesma força do sistema anglo-saxão, e infelizmente estamos longe, no Brasil, de um estado civilizatório de controle coletivo do Judiciário. A compreensão da população brasileira sobre a atividade judiciária ainda é muito pequena. Se fosse ampliada, talvez isto nos

¹⁹⁰ Em artigo publicado na obra coletiva “Onze Supremos”, André Bogossian e Danilo dos Santos de Almeida transcrevem duas posições que vale a pena serem lidas: “Virgílio Afonso da Silva, em artigo recente, relata uma ilustrativa manifestação de um ministro do Supremo sobre a redação dos acórdãos e a inexistência de uma *opinion of the court*: ‘eles [o STF e os demais tribunais superiores] não decidem como instituição, eles decidem com os argumentos dos seus ministros, é uma soma de opiniões; o Supremo não vota como instituição’. Tratando de outra faceta da mesma questão, o ministro Cezar Peluso foi enfático em entrevista ao projeto História Oral do Supremo ao diferenciar o sistema norte-americano, em que ‘o importante é o que pensa a corte como um todo’ e o sistema brasileiro, em que a individualidade das posições de cada ministro é exacerbada pela enorme publicidade de suas sessões, de modo que ‘a discussão em público impede ajuste de pontos de

permitisse construir instituições pautadas no “jus symbioticum”¹⁹¹ de que falava Franz Neumann.

A jurisprudência, é claro, sempre teve alguma importância na composição do sentido da norma no momento de sua aplicação. Ainda que não exista até hoje, entre nós, uma prática séria e sólida de recolhimento e respeito aos precedentes, é inegável que a informática vem suprindo a pesquisa e organização dos repositórios jurisprudenciais.

A jurisprudência nunca assumiu a posição de preponderância na formulação originária das pautas de conduta dirigidas aos destinatários das normas, em nosso sistema de origem continental, no qual a lei e o costume são designadamente as fontes primárias do direito. Até porque somente a lei pode, em uma leitura dogmática estrita da Constituição da República Brasileira, criar, modificar ou extinguir direitos ou obrigações. Neste aspecto, poder-se-ia até negar a existência de um Estado Jurislador em caráter absoluto. Daí a importância de tratar em conjunto do conceito de jurisfação, pois as funções às quais se atribui a jurislação podem evolucionar os direitos.

A interpretação sempre foi utilizada para justificar a não-incidência de uma dada norma em casos nos quais não haja interesse de real aplicação de uma

vista’ e a formação coletiva da decisão.” Em “Onze Supremos: o Supremo em 2016”, organizadores Joaquim Falcão, Diego Werneck Arguelhes e Felipe Recondo, Editora Letramento, p. 117.

¹⁹¹ Afirma Franz Neumann, em “O Império do Direito” (Editora Quartier Latin, 2013, p. 88):

“Uma concepção jurídica fundamental para a análise de todo o sistema jurídico é aquela da instituição jurídica. Usamos esse termo de uma forma puramente descritiva – isto é, a palavra ‘instituição’ não contém implicações metafísicas. A concepção da instituição não pertence nem à teoria pluralista do Estado de Gierke, Figgis ou Laski, nem à filosofia jurídica neotomista de Hauriou ou Lambert. Não negamos que a noção de instituição jurídica possa ser absolutizada e, por essa razão, se tornar a base de uma filosofia jurídica”. E prossegue Neumann: “Com a finalidade de evitar qualquer confusão, repetimos então que o conceito de ‘instituição’ é aqui puramente descritivo. Lidamos primeiramente com a noção de instituição jurídica e, depois, com suas relações com a liberdade.”

“Entendemos por uma instituição jurídica o estabelecimento de uma relação que pretende ser duradoura, ou entre os homens, ou entre propriedades, ou entre homens e propriedades, capaz de regular os processos sociais, sejam organizados numa base hierárquica ou socializada (Herrschaftlich ou Genossenschaftlich), e que pertençam ou ao direito público ou ao direito privado.”

“Portanto, uma instituição é um complexo de direitos e deveres pertencentes ou ao direito público ou ao privado – um jus symbioticum, que ‘ex personarum plurium comprehensione corpus constans’. A instituição pode ter uma base hierárquica ou ser baseada no ‘companheirismo’, tal como foi definida por Gierke. Existe uma instituição hierárquica quando há relações de superordenação ou de subordinação: o poder é exercido. O companheirismo existe quando este não é o caso e nenhum poder é exercido.”

sanção normativa (porque o tempo passou ou porque o sujeito não deve merecer a pena, dada sua origem social, por exemplo). É assim que emitir cheque sem fundo é irregular e insanável até que a interpretação seja alterada, no sentido de que o resgate do título ou pagamento do débito antes da denúncia retira a lesividade da conduta originalmente irregular (porque alguém importante acabaria sancionado se a jurisprudência não fosse modificada).

Por interpretação sempre foi possível, portanto, em certa medida, modificar ou extinguir certos direitos ou obrigações, que poderiam, em seguida, ser objeto de nova regulamentação normativa. Vejamos a posição do constitucionalista Dimitri Dimoulis:

“É comum alegar ‘mutações’ e ‘evoluções’ para mudar o conteúdo normativo da Constituição. Mesmo quando os ministros invocam regras e ‘cânones’ de interpretação, o fazem conforme considerações de conveniência, sem justificar as suas decisões e ignorando o imperativo da previsibilidade.

“No mundo ideal da segurança jurídica, o Supremo deveria manter coerência em relação aos métodos de interpretação e determinar o valor da ‘letra’ da Constituição. Enquanto não se tomam iniciativas institucionais para tentar estabilizar as interpretações, a crítica de que certa decisão não respeitou as formulações da Carta Magna serve apenas para expressar discordâncias com o resultado. Não interessa como se decide, mas o que foi decidido. Acertando ou errando, o Supremo e seus críticos apropriam-se de maneira seletiva e imprevisível da letra da Constituição.”¹⁹²

Maior dificuldade, por outro lado, há em criar obrigações ou direitos originais por meio de interpretação judicial ou em reformatar as instituições jurídicas¹⁹³ por meio da jurisprudência (o que poderá se tornar verdade com a evolução do Estado Jurislador). Os precedentes judiciais sempre serviram para

¹⁹² Em “Onze Supremos: o Supremo em 2016”, edição organizada por Joaquim Falcão, Diego Werneck Arguelhes e Felipe Recondo, Editora Letramento, p. 65.

¹⁹³ Afirma Maurice Hauriou, em “A teoria da instituição e da fundação – Ensaio de Vitalismo Social”, SAFE, 2009, p. 53: “O erro de Léon Duguit, quando edificou seu sistema de direito objetivo, foi de apostar no direito objetivo, de apostar na regra de direito. O verdadeiro elemento objetivo do sistema jurídico é a instituição; é verdade que ela contém um germe subjetivo que se desenvolve por meio do fenômeno da personificação; mas o elemento objetivo subsiste no *corpus* da instituição e só esse *corpus*, com sua idéia diretriz e seu poder organizado, já é muito superior em virtude jurídica à regra de direito. São as instituições que fazem as regras de direito, não são as regras de direito que fazem as instituições.”

orientar e balizar o livre convencimento motivado de juízes em casos similares, mas nunca para vincular diretamente e “ab origine” o cidadão. A jurisprudência, na tripartição clássica, poderia salvar alguém da aplicação de uma sanção normativa existente, mas não outorgar o que não tem previsão legal, criando direito subjetivo “ex nihilo”.

4.3. Direitos jurisprudenciais “ex nihilo”

Com o novo Estado Jurislador, alguns precedentes vinculantes podem ser produzidos sem apoio em ato do Parlamento. Pela atividade judiciária de interpretação, em algumas situações, se poderão criar, de modo original, pautas de condutas dirigidas aos cidadãos. E mais: a mesma decisão poderá condicionar de modo vinculado o livre convencimento das instâncias inferiores para casos futuros.

O positivismo perde em segurança, na medida em que a interpretação pode simplesmente desconstituir o sustentáculo de fato (pressuposto no momento da normogênese). De nada adianta firmeza na produção de conteúdo normativo – em um plano ideal filtrada por legitimação democrática sólida –, se no momento da aplicação todo o trabalho do Legislador pode ser desconstituído ou simplesmente desconsiderado.

A busca asséptica do conteúdo da norma que terá impacto na realidade sempre se considerou neutra pelo fato de o juiz ter o dever de agir de modo independente das partes. O juiz é titulado a tamanho poder para que possa ser parcial apenas em nome do Estado. O que temos que repensar hoje é o quanto de insegurança tal sistemática aporta ao direito. Eis aí o debate central do neopositivismo¹⁹⁴ na filosofia do direito. É o método jurídico a ser debatido pela

¹⁹⁴ Eis a síntese conclusiva de Eduardo Cambi sobre a extração de sentido do texto legal em seu contexto fático de aplicação no neopositivismo:

“O positivismo não pode ser superado por meio da renúncia ao direito positivo ou à positividade do direito. Porém, a positividade do direito não se confunde com o legalismo.

“As Constituições modernas, ao ocuparem o lugar dos Códigos, acabam por superar a identificação plena do direito com a lei (legalismo), fruto da concepção liberal do direito. O princípio da supremacia da lei não mais prevalece, pois a lei não é mais vista como produto perfeito e acabado,

Teoria Geral do Direito que garantirá estabilidade para as interpretações em sua atuação criativa e expansiva.

Existe, sim, o risco de se substituir a vontade (por vezes ignara) da maioria democrática, pela vontade (pseudo-ilustrada) de alguns intérpretes do sistema jurídico, que se limitam a brandir a espada da racionalidade do direito. Temos aqui um movimento pendular entre razão vinculada e vontade livre, pois o quão mais imbricado for o sistema decisório, menor será a chance de se interferir na formação colegiada da decisão judicial (que várias vezes nem chega a ocorrer, se considerarmos que mais de 2/3 das decisões de mérito das Cortes Superiores são monocráticas e não respeitam o princípio da colegialidade).

Os precedentes, assim estabelecidos, verticalizam o sistema decisório, a partir de atos mentais de uma elite que toma a si mesma como ponto de partida. O ponto foi perfeitamente assinado por Bauman em “Legisladores e Intérpretes”:

“A queda do legislador

“Pelo menos do Século XVII até o século XX já bem avançado, a elite escritora da Europa Ocidental e seus pontos de apoio em outros continentes consideravam que seu próprio modo de vida constituía uma ruptura radical na história do mundo. Uma fé quase inquestionável na superioridade de sua própria forma de vida sobre todas as formas alternativas – contemporâneas ou passadas – lhe permitia tomar a si mesma como ponto de referência para a interpretação do tólos da história.”¹⁹⁵

Jeffrey Goldsworthy preocupa-se com o tema tirania judicial na revisão de “normas” de conduta não votadas democraticamente, que implique, via mecanismo judicial de controle, em produção de normas de conduta pelo trespasse do processo democrático-legislado:

submetendo-se à Constituição e devendo ser conformada pelos princípios constitucionais de justiça e pelos direitos fundamentais.

“A norma não se confunde com o texto. Interpretar é determinar o significado objetivo de um texto: antes da interpretação, não há norma, apenas um texto. Não há um significado interno ou intrínseco ao texto, que prescindia de interpretação; por isso, interpretar não é declarar algo já existente (latente ou pronto a ser descoberto) no texto, mas resultante da decisão do intérprete que, com o uso da linguagem, constrói versões de significado.” Em “Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo – direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário”, 2016, pp. 107/109.

“Em sociedades democráticas funcionais, casos de clara e extrema injustiça são raros; na maioria das vezes, na constatação da violação de algum direito básico pela lei, temos um cenário em que tal verificação está aberta, em tese, a argumentos razoáveis de ambos os lados. A razão maior de termos uma democracia é que nestes casos passíveis de debate a opinião da maioria deve supostamente prevalecer, e não a opinião de uma elite não eleita. O preço que deve ser pago por darmos aos juízes a autoridade para invalidar algumas leis, que sejam claramente injustas ou anti-democráticas, é que a eles deve também ser dada a autoridade para trespassar o processo democrático em um largo número de outros casos, nos quais o requerimento de justiça ou democracia sejam passíveis de debate. O perigo de excessiva interferência judicial com um processo de produção de decisões democráticas pode ser pior que a tirania do Parlamento, dadas as relativas probabilidades de efetiva ocorrência” (tradução livre).¹⁹⁶

Em resumo, segundo Jeffrey Goldsworthy, é preferível a tirania do Parlamento do que a tirania judicial. Isto porque, em tese, é maior a probabilidade de o Parlamento estar certo sobre a vontade popular ou maior a chance de o Judiciário não-eleito acabar errando em seus excessos interpretativos. O problema se coloca porque não existe uma vontade popular, mas sim vontades populares de grupos determinados. E se o Parlamento erra excluindo alguns, maior ainda é a chance de o Judiciário cometer impropriedades por não estar composto de base social ampliada. O Judiciário representa um só extrato da população.

Ou seja, quem abre porta para verificação do mérito legislativo, em casos claros e extremos, deve na mesma medida admitir o controle de mesma natureza em casos nos quais tal abuso não seja tão claro, ou naqueles em que haja multiplicidade de interpretações, com o risco de interferência judicial excessiva. Conferir poder discricionário excessivo na atividade de interpretar pode simplesmente aniquilar a atividade do Legislador. Segundo Hegel a lei concede

¹⁹⁵ Cf. Zygmunt Bauman, em “Legisladores e Intérpretes”, p. 155.

¹⁹⁶ Em “The Sovereignty of Parliament – History and Philosophy”, 2004, p. 269: “In a healthy democratic society, cases of clear and extreme injustice are rare; in most cases, whether or not a law violates some basic right is open to reasonable arguments on both sides. The whole point of having a democracy is that in these debatable cases the opinion of the majority rather than of an unelected élite, is supposed to prevail. The price that must be paid for giving judges authority to invalidate a few laws that are clearly unjust or undemocratic is that they must also be given authority to overrule the democratic process in a much larger number of cases where the requirements of justice or democracy are debatable. The danger of excessive judicial interference with democratic

uma margem que não dispensa o juiz do dever concreto de “estabelecer um determinação positiva finita”¹⁹⁷.

O tema no direito inglês é antigo. Segundo Tom Bingham - no clássico “Rule of Law”:

“Dicey era veementemente contra a atribuição de poderes discricionários aos agentes oficiais incumbidos da produção de decisões jurídicas. Isto porque, segundo ele acreditava, estar-se-ia abrindo a porta para a arbitrariedade, o que seria a antítese do Estado de Direito” (tradução livre).¹⁹⁸

Na mesma obra, Tom Bingham debate o conteúdo e recortes da “rule of law” (do Estado de Direito), quando aponta os riscos de conflito entre juízes e o Parlamento. E conclui: “isto poderia conduzir a uma indesejável incerteza constitucional”¹⁹⁹. Uma solução para o sistema brasileiro é justamente buscarmos na Constituição os limites materiais objetivos dentro dos quais os precedentes podem operar e, finalmente, vincular. Apenas encontrando tais limites é que vamos evitar aquilo que Bingham denomina de indesejável incerteza constitucional.

Dicey, talvez o mais célebre autor inglês em direito público, enfatiza a importância do Parlamento, e não vê contradição entre a supremacia do estado de direito e o exercício da soberania do Parlamento. Dicey entende que são princípios algumas vezes antitéticos, mas plenamente conciliáveis. Vejamos sua conclusão no Capítulo XIII do seu clássico estudo sobre “Law of the Constitution” de 1939, quando trata justamente sobre o modo de solucionar o conflito aparente entre Executivo, Legislativo e Judiciário:

“O fato de que os mais arbitrários poderes do Poder Executivo inglês devem sempre ser exercitados subsumidos aos Atos do

decision-making might be worse than that of parliamentary tyranny, given the relative probabilities of their actually occurring”.

¹⁹⁷ Cf. G. W. F. Hegel, em “Princípios da Filosofia do Direito”, tradução de Orlando Vitorino, 1ª edição, 4ª tiragem, São Paulo, Martins Fontes, 2009, p. 191 (§214).

¹⁹⁸ Penguin Books, 2011, p. 49. No original: “Dicey was adamantly opposed to the conferment of discretionary decision-making powers on officials. This, he believed, opened the door to arbitrariness, which is the antithesis of the rule of law”.

¹⁹⁹ Penguin Books, 2011, p. 169. No original: “It could also lead to undesirable constitutional uncertainty.”

Parlamento que regem o governo, mesmo quando munido da mais larga autoridade, estão sob a supervisão, por assim dizer, dos Tribunais. Os poderes, por mais extraordinários que sejam, são conferidos ou sancionados pelo estatuto legal, e nunca são realmente ilimitados, pois são confinados pelas palavras da própria Lei e, além disso, pela interpretação feita pelos juízes acerca do estatuto legal. O Parlamento é um legislador supremo, mas desde o momento em que o Parlamento proferiu a sua vontade na condição de legislador, esta vontade ficará sujeita à interpretação pelo quadro natural de juízes togados, e estes juízes, que são influenciados pelo sentimento de magistratura e não menos também pelo espírito geral do direito comum, estão dispostos a interpretar exceções legais aos princípios do direito consuetudinário, de um modo que não se recomendaria a um corpo de funcionários ou às casas do Parlamento, se as Casas fossem chamadas a interpretar as suas próprias normas” (tradução livre)²⁰⁰

Percebe-se, facilmente, que a preocupação de Dicey é justamente com um choque de poderes, pelo qual um poder acabe aniquilando ou amesquinhando as competências do outro. E esta foi uma regra geral durante o século XX na Europa: os poderes se respeitam e não há porque permitir a um poder a autoridade para varrer do sistema atos de outro poder. A ideia de freios e contrapesos como supervisão, e não com poderes em cassação.

Por essa mesma razão, o sistema Europeu de fiscalização abstrata de constitucionalidade não se implantou com a mesma velocidade que o sistema norte-americano, do qual nós brasileiros sofremos maior influência. Basta lembrar que foi apenas com a reforma constitucional de 2005 que a Inglaterra passa a ter organizada, ao lado da Casa dos Lordes, uma Corte Constitucional (antes os “Law Lords”, ainda que sem origem hereditária, conviviam no mesmo ambiente que a nobreza, mas era a nobreza que exercia as funções judicantes).

²⁰⁰ Utilizamos a edição de 1939, versão atualizada em relação à primeira edição de 1885. Albert Venn Dicey, *In* “Introduction to the study of the Law of the Constitution”, p. 413/414. No original: “The fact that the most arbitrary powers of the English executive must always be exercised under Act of Parliament places the government, even when armed with the widest authority, under the supervision, so to speak, of the Courts. Powers, however extraordinary, which are conferred or sanctioned by statute, are never really unlimited, for they are confined by the words of the Act itself, and, what is more, by the interpretation put upon the statute by the judges. Parliament is supreme legislator, but from the moment Parliament has uttered its will as lawgiver, that will becomes subject to the interpretation put upon it by the judges of the land, and the judges, who are influenced by the feelings of magistrates no less than by the general spirit of the common law, are disposed to construe statutory exceptions to common law principles in a mode which would not commend itself either to a

Já em solo francês foi apenas em 2008 que a instituição da Questão Prioritária de Constitucionalidade (QPC) passa a permitir o acesso ao Conselho Constitucional pelos destinatários diretos das normas legais, como meio de discutir a constitucionalidade das leis em controle de constitucionalidade posterior. Antes disso, desde 1974, apenas 60 deputados ou senadores poderiam questionar a constitucionalidade das normas no solo francês, e pedir verbalmente que a lei não entrasse em vigor antes do debate pelo Conselho Constitucional do pleito escrito de controle prévio.

Atentar para tal fato bem demonstra o rigor com o qual a soberania se defende do controle racional de conteúdos normativos. A soberania do Parlamento não exige motivação racional justificada, mas decorre de ato de vontade por delegação do povo representado. O Parlamento não sobreviveria de uma concepção jurídica de soberania, pois não é um órgão técnico (ainda que o processo legislativo tenha sua racionalidade própria). Já o Judiciário somente se preserva ao comprovar que utiliza uma concepção racional de soberania. Neste sentido é que Dalmo de Abreu Dallari relembra que “uma concepção puramente jurídica leva ao conceito de soberania como *o poder de decidir em última instância sobre a atributividade das normas, vale dizer, sobre a eficácia do direito*”²⁰¹. Para Dallari, a soberania jurídica implica mesmo o poder de negar a juridicidade das normas. E é por isso que os Juízes de Primeiro Grau se sentem autorizados a afastar a aplicação de uma dada norma “*incidenter tantum*”, pela via difusa em um dado caso concreto, com tanta facilidade.

Em 1937, Getúlio tentou dar corpo à autopreservação dos conteúdos normativos votados pelo Legislativo (evidentemente desde que patrocinados pela base governamental e interesses do Poder Executivo). Ouçamos a lição de José Afonso da Silva sobre o ponto, quando trata da evolução histórica do controle de constitucionalidade no Brasil em seu livro “O Constitucionalismo Brasileiro”:

body of officials, or to the Houses of Parliament, if the Houses were called upon to interpret their own enactments.”

²⁰¹ Nos “Elementos de Teoria Geral do Estado”, 2012, p. 86.

“Cumprir notar, contudo, que a Constituição ditatorial de 1937 não foi clara no prever a ação direta de inconstitucionalidade. Manteve, porém, o controle difuso (art. 101, III, “b” e “c”), bem como a exigência do citado art. 179 da Constituição de 1934 (art. 96), mas atenuou o princípio da jurisdição constitucional ao dispor, no parágrafo único do mesmo art. 96, que, no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, fosse necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderia ele submetê-la novamente ao exame do Parlamento e, se este confirmasse por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficaria sem efeito a decisão do Tribunal.”²⁰²

Essa possibilidade de submeter a decisão de inconstitucionalidade a uma nova apreciação de mérito pelo Parlamento, presente na Constituição de 1937, é o que a doutrina denomina de “*recall* de decisão judicial”²⁰³, o que permitia deixar sem efeito a decisão do Tribunal (que neste tempo histórico não tinha, portanto, a prerrogativa de “errar por último”). Não cabe aqui esgrimir todo o histórico de choques e entrechoques entre os poderes da República nos vários sistemas ao longo do tempo. Mas tal confronto sempre foi uma realidade brasileira. Mario Losano estudou em profundidade todos os sistemas modernos no seu livro “Os grandes sistemas jurídicos”, compondo um passo importante e moderno para além dos “Grandes sistemas de direito contemporâneo” de René David.

Recortamos aqui a conclusão certa de Mario Losano acerca da supremacia da soberania estatal:

“*A teoria da soberania*. Definindo o direito em função do sujeito do qual ele deriva, as teorias estatistas, diretamente ligadas ao Estado moderno, afirmam que só as normas promulgadas pelo poder soberano são direito. É uma teoria útil para delimitar o direito do Estado centralizado em relação à infinidade de usos locais e direitos particularistas, de um lado, e em relação aos ordenamentos

²⁰² Em “O constitucionalismo brasileiro – evolução institucional”, p. 127

²⁰³ Dizia a Constituição de 1937:

“Art 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.

Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.”

normativos concorrentes, como os direitos da Igreja, dos mercadores e dos povos, do outro.”²⁰⁴

Mario Losano assinala ainda variante mais pragmática acerca da compreensão de uma soberania judicial mais livre:

“Uma variante ainda mais pragmática dessa corrente é formulada pela Escola realista americana e pela Escola alemã do direito livre: é direito aquele comando soberano garantido pelos tribunais. Sem aquela aplicação, efetivamente, o comando do soberano seria um mero *flatus vocis*. Típica para um país de ‘judge made law’, essa teoria aparece também na Europa continental, na formulação de Hermann Kantorowicz, que afirmava a necessidade de deixar os juízes livres para encontrar a norma a ser aplicada também fora das normas jurídicas vigentes. Enquanto essas Escolas propõem que, em alguns casos, o juiz se transforme em legislador, outras teorias não quiseram prejudicar a supremacia do poder soberano, ressaltando que existe uma relação privilegiada entre quem emite a norma e quem a faz aplicar.”²⁰⁵

E prossegue Mario Losano com a demonstração de que o poder soberano entre nós sofre influência de uma concepção centralista europeizada:

“A tese de Hans Kelsen, segundo a qual a norma é um juízo hipotético contido num preceito dirigido pelo soberano ao juiz, encontra confirmação não apenas no *Common Law*, mas também no direito japonês e chinês anteriores à influência europeia: de fato, recordou-se que naqueles direitos eram utilizadas normas ‘secretas’, ou seja, promulgadas pelo soberano para seus juízes, mas não para o restante dos súditos.

“A definição do direito como emanção do poder soberano é pensada em função do Estado laico e centralizado tipo europeu.”²⁰⁶

Mensurar o balanço entre soberania legislativa e hermenêutica judicial pode ser a chave de abóbada para a higidez do sistema normativo de origem mista que hoje ordena a realidade brasileira. Isto nos conduz ao debate sobre serem direito as normas aprovadas pelo Parlamento, ou a leitura que destas se faz no

²⁰⁴ Em “Os grandes sistemas jurídicos”, p. 556.

²⁰⁵ *Op. et loc. cit.*

²⁰⁶ *Op. et loc. cit.*

momento da aplicação. A visão hermêutica aberta passou por várias fases, sendo importante lembrar a escola do direito livre ou da livre criação do direito. Philipp Heck anota que, segundo Eugen Ehrlich, o caso particular melhor se decidiria se o juiz, livre das amarras dos preceitos gerais do direito, o apreciasse exclusivamente nas suas próprias características.²⁰⁷

E aí o tema da interpretação, que é de largo espectro, precisa ser analisado á luz dos possíveis modelos utilizados pelo Magistrado no momento da subsunção, quando há o efetivo impacto do ordenamento sobre a realidade. Apresentamos aqui nossa visão sobre o problema.

4.4. Modelo elitista vs. modelo de realidade

Para transpor a norma votada e chegar na norma de decisão que a aplica existem dois modelos cognitivos: modelo elitista e modelo realidade. Estes vão intermediar a relação entre razão e vontade.

Rompido o mito da segurança decorrente da imparcialidade, será necessário traçar limites mais estreitos entre razão e vontade. Ouçamos Kelsen em “O primado do parlamento” quando tenta demonstrar como razão judicial e racionalidade parlamentar não se excluem:

“Na mesma medida na qual é possível, pela via interpretativa, extrair da constituição a lei justa, é também possível extrair da lei, pela mesma via, a justa decisão. Entre estes dois casos existe certamente uma diferença, que contudo é apenas quantitativa e não qualitativa, e que a vinculação do legislador pelo perfil substancial é muito mais limitado do que a do juiz, e que o primeiro, em sua atividade de criação do direito, é relativamente muito mais livre do que o segundo. Mas também o juiz cria direito e assim também ele é relativamente livre. E assim, portanto, a produção da norma individual no processo de execução da lei é um ato de vontade,

²⁰⁷ Cf. Philipp Heck, em “El problema de la creación del derecho”, tradução de Manuel Entenza, Barcelona, 1961, pp. 62/63.

uma vez que vai preencher de conteúdo concreto o campo da norma geral”²⁰⁸ (tradução livre).

Em suma, podemos afirmar com toda a razão que é impossível na sociedade atual brandir a espada da soberania dos poderes ou da tripartição radical como fundamento para impedir choques concretos entre os poderes. Isto não significa que a atividade interpretativa das normas possa servir para retirar-lhes o mínimo de conteúdo semântico. Um estudo aprofundado sobre a atuação concreta dos Tribunais é o que permitiria encontrar os limites do que aqui estamos qualificando como Estado Jurislador.

Em resumo, podemos concluir que, em qualquer sistema ocidental de decisão, existem dois modelos jurídicos, no que se refere aos sujeitos produtores de decisões, utilizados para a produção de decisões jurídicas, com diferentes impactos na realidade e distintos índices de respeito pelas instituições dos respectivos Estados. Ou bem temos um “modelo-elitista”, em que a racionalidade é o elemento preponderante na conexão do direito aplicável aos fatos; ou estamos imersos em um “modelo-realidade”, no qual o regime jurídico dos fatos condiciona a solução dos casos.²⁰⁹

Poderíamos generalizar, não sem a vênua que a profundidade filosófica merece, e dizer que o modelo-elitista é platônico-agostiniano, e o modelo-realidade é aristotélico-tomista. Como no quadro “Escola de Atenas” de Rafael, um aponta para o céu e o outro para a terra.

Os que defendem o modelo-elitista acreditam que os valores sociais devem ser previamente selecionados por uma casta superior com função oracular. Tais valores mais elevados é que vão condicionar a massa social, que a eles deve

²⁰⁸ Cf. Hans Kelsen, em “Il primato del parlamento”, pp. 164/165: “Nella stessa misura in cui è possibile, in via interpretativa, ricavare dalla costituzione la giusta legge, è anche possibile ricavare dalla legge, per la stessa via, la giusta sentenza. Tra questi due casi esiste certamente una differenza, che però è solo quantitativa e non qualitativa, ed è che il vincolo del legislatore sotto il profilo sostanziale è assai più limitato di quello del giudice e che il primo è, nella sua attività di creazione del diritto, relativamente molto più libero del secondo. Anche il giudice però crea il diritto ed anch’egli in questa sua funzione è relativamente libero. E proprio perciò la produzione della norma individuale nel processo di esecuzione della legge, in quanto va a riempire il campo della norma generale, è una funzione volitiva.”

se adaptar. É o modelo da República dos Filósofos, de uma aristocracia mais preparada para as posições de comando, sendo desimportante a opinião do cidadão médio, do homem comum, do homem qualquer.

Já para o modelo-realidade, é na realidade que está o ponto de partida. Temos que identificar aquilo que normalmente ocorre (“id quod plerumque fit”). Recolhendo os dados sobre o que normalmente se faz e organizando tais dados em um conjunto sistemático. Constroem-se assim, de baixo para cima, as soluções jurídicas de organização da sociedade.

Em nossa visão, ambos os modelos existem e são aplicáveis seja no sistema anglo-saxão insular, seja no sistema romano-germânico continental.

No Estado Jurislador, continuarão existindo os dois modelos, sendo certo que o grau de legitimidade democrática e de respeito ao sistema de imposição de pautas de conduta aos destinatários irá aumentar na medida em que adaptações permitam ampliar soluções pautadas em um modelo-realidade.

²⁰⁹ Dalmo de Abreu Dallari, trata destes dois modelos em “O renascer do direito”, Editora Saraiva, 1996, p. 7.

CAPÍTULO 5. JURISPRUDÊNCIA ADJUDICADA

No Estado Jurislador, a “Era dos Direitos” desce ao mundo da concreção jurisprudencial do dia a dia. Ao se acelerar o acesso a direitos corre-se o risco de utilização da chave interpretativa como meio de desmontar toda a segurança jurídica do sistema republicano. Segundo Geraldo Ataliba, o “*Direito é, por excelência, acima de tudo, instrumento de segurança. Ele é que assegura a governantes e governados os recíprocos direitos e deveres, tornando viável a vida social. Quanto mais segura uma sociedade, tanto mais civilizada*”²¹⁰.

Temos que aprender a lidar com um novo padrão de segurança jurídica em um modelo de Estado no qual a Era dos Direitos somente se realiza como “Era dos Conflitos” judiciais. No século do Judiciário, está mais do que evidente que a racionalidade dos magistrados irá ocupar um espaço central. Por isso dissemos jurisprudência pensada livremente, em oposição à visão antiga do juiz como “boca da lei”, quando não havia tanta liberdade interpretativa.

Em Direito Constitucional, vários autores colacionam propostas de um novo método constitucional, sob a rubrica neoconstitucionalismo²¹¹, com vistas a incorporar esta nova forma do Estado Democrático de Direito. Em uma visão mais moderna do método constitucional, a interpretação seria promovida, em larga medida, não apenas pelo povo destinatário (via representantes), mas assim

²¹⁰ Em “República e Constituição”, p. 184.

²¹¹ Afirma Eduardo Cambi em “Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo – direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário” (2016, p. 113, itálicos do original), sobre o papel interpretativo das Cortes Constitucionais no neoconstitucionalismo:

“O neoconstitucionalismo reclama uma nova teoria da norma, que possibilite a conjugação de regras e princípios, bem como uma nova teoria da interpretação jurídica que não seja nem puramente mecanicista nem, tampouco, absolutamente discricionária, em que os riscos que comportam a exegese da Constituição sejam suportados por um esquema plausível de argumentação jurídica.

“A Constituição deve ser concebida não como um conjunto fechado e estático de normas jurídicas, mas como um processo público aberto e evolutivo. Tal abertura do sistema constitucional, provocada pelos valores e princípios jurídicos, exige um novo raciocínio jurídico, de maior justificação, não sendo suficiente argumentar com a autoridade do órgão que emana a regra nem com a observância formal do procedimento legal, sendo imprescindível examinar e valorar os conteúdos substanciais que suportam as normas jurídicas.”

também pelo conjunto de intérpretes, via formação coletiva do regime de direito pelas instituições.

Somente a lei – a lei votada sob o crivo da legitimação democrática – pode, em regra, modalizar a conduta humana. Assim, é da essência da atividade legiferante o respeito a um procedimento especial para fins de criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações. No Estado Jurislador, tal função passa a ser assumida em certa medida pelas instituições judiciárias e seus destinatários, com uma maior liberdade na construção racional das imputações legais.

Interpretar produzindo comandos novos é atuação de grande importância para o sistema atual. Aderimos à conclusão de Rubens Beçak: “*trata-se agora, neste devir da democracia, de buscar soluções que privilegiem a construção de um plano em que viceje a deliberatividade*”.²¹² Sem isso, poderemos estar destruindo o ordenamento jurídico, ao falacioso argumento de se estar buscando sua evolução e atualização.

Em nosso sistema, de linhagem originariamente romano-germânica, existe a crença de que um modelo político representativo basta para garantir que as normas votadas sejam automaticamente cogentes. Tais normas são filtradas pelos intérpretes da Constituição, a partir da compreensão subjetiva dos mesmos. Temos conseqüentemente uma retroalimentação, pois a jurisprudência irá influenciar a nova legislação que se vai produzir e as subseqüentes decisões judiciais das instâncias inferiores.

5.1. A força da palavra dada

Grupos de pressão têm tentado ocupar parcela do espaço legislativo, legitimando-se por zonas de interesse. A participação direta do cidadão, entretanto, nem sempre tem sido efetiva na consecução de seus objetivos, a não ser que exercida por grande pressão. “Sob a pressão das frustrações, e ao mesmo tempo para ceder aos megafones da comunicação, tornou-se frequente a política ‘dar a

²¹² Em “Democracia – Hegemonia e Aperfeiçoamento”, Editora Saraiva, 2014, p. 83.

palavra' aos cidadãos”²¹³ (tradução livre), afirma Philippe Breton em “A incompetência democrática”.

Tal palavra é, sim, repartida como discurso, todavia sem receber o devido valor na ordem do dia, quando os temas são realmente decididos. Eis aqui uma primeira razão pela qual o discurso judiciário se apropria de tal insatisfação, mimetizando brandir legitimação democrática nos efeitos de suas decisões.

Já que o cidadão não consegue, na ágora, ver sua vontade individual respeitada, a solução de obter uma interpretação judicial favorável é uma vitória política. Claro que o Judiciário não irá abrir mão do controle sobre a palavra. Segundo Pierre Legendre, o oceano do direito é o oceano da política, pois “o único pastor das palavras é a palavra” (frase de Orígenes de Alexandria, citada por Pierre Legendre).²¹⁴

Assim, é justamente no momento da aplicação do direito que podem surgir elementos novos de decisão, os quais injetam conteúdo decisório “ex nihilo” em uma realidade conjuntural que não foi pensada pelo Legislador. Isto coloca os juízes e os intérpretes, que participam da construção de sentidos judicialmente aceitos, na posição de “artífices da mudança”, o que foi notado por André Ramos Tavares:

“Permite-se hoje que os juízes ‘se vejam como partícipes necessários e ao mesmo tempo como artífices das mudanças’ (ACUÑA: 2002, p. 624).

“Com o conceito da ‘força normativa da Constituição’ (Hesse) e de ‘Constituição invasora’ (Favoreu), tudo passou a ser justificável (passível de ser colocado em deliberação judicial), especialmente em um ambiente estatal ainda com baixo ou nulo compromisso com pautas sociais mínimas, na chamada periferia do capitalismo mundial.”²¹⁵

²¹³ Cf. Philippe Breton, em “L’incompétence démocratique – La crise de la parole aux sources du malaise (dans la) politique”, p. 79. No original: “Sous la pression de frustrations, en même temps que pour céder aux sirènes de la ‘communication’, il est devenu fréquent que le politique ‘donne la parole’ aux citoyens”.

²¹⁴ Cf. Pierre Legendre, em “*Argumenta Dogmatica – Le Fiduciaire suivi de le Silence des mots*”, Éditions Mille et Une Nuits, 2012, pp. 108/109.

²¹⁵ Cf. André Ramos Tavares, no artigo “Justiça Constitucional – Originalidades históricas e tipicidade latino-americana”, publicado na Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC – n 29, maio/agosto 2014, volume especial sobre a “Atividade Decisória das Cortes Constitucionais”, edição conjunta pelo Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais – IBEC – e pela Editora Fórum, p. 259.

Devemos ter como meta o exercício de um protagonismo judicial que favoreça e amplie o Estatuto do Cidadão. A apropriação da palavra expedida na ágora em meio ao debate público é um elemento importante, mas não pode ser o balizador das decisões judiciais. Para que os “tópos” do debate político, enquanto máximas do senso comum, sejam incorporados pelo discurso judicial será necessário antes construir uma formação mais pluralista e colegiada da Justiça.

5.2. Atos criadores do direito

Em um cenário jurisprudencial protagonista será importante debater quais são os instrumentos criadores do direito ao lado dos atos produzidos pelo Parlamento. O Código de Processo Civil de 2015 manteve em vigor o dispositivo que singelamente determina que “todo acórdão conterà ementa”.²¹⁶ Isto porque a ementa é a primeira sumarização do conteúdo decisório colegiado densificado.

O julgamento colegiado aplica o direito para as partes, ao mesmo tempo que espalha seus efeitos por todos os destinatários potenciais da Justiça, que podem antecipar o que lhes será aplicado em caso similar. O tema é antigo e não escapou a Hans Kelsen, em sua Teoria Geral do Direito e do Estado, no ponto em que trata da criação e aplicação do Direito:

“A criação de Direito é sempre aplicação de Direito. Estes dois conceitos não são, de modo algum, como presume a teoria tradicional, opostos absolutos. Não é de todo correto classificar os atos jurídicos como atos criadores de Direito e atos aplicadores de Direito; pois, deixando de lado dois casos limítrofes dos quais falaremos mais tarde, todo ato é, normalmente, ao mesmo tempo, criador de Direito e aplicador de Direito. A criação de uma norma jurídica é – normalmente – uma aplicação da norma superior que regula a sua criação, e a aplicação de uma norma superior é – normalmente – a criação de uma norma inferior determinada pela norma superior. Uma decisão judicial, por exemplo, é um ato pelo qual uma norma geral, um estatuto, é aplicada, mas, ao mesmo

²¹⁶ Atual art. 943, §1º, do CPC/15. Antigo art. 563 do CPC/73 (com a reforma de 1994).

tempo, uma norma individual é criada obrigando uma ou ambas as partes que estão em conflito. A legislação é criadora de Direito, mas, levando-se em consideração a Constituição, descobrimos que é também aplicação de Direito.”²¹⁷

Segundo José de Moura Rocha, um estudo mais aprofundado irá demonstrar que a “*jurisdição é possuidora de missão instrumental, especial, que vai fazê-la atuar em área que não é de direito material. Isto significa que ela não se confunde com o ordenamento jurídico, conseqüentemente, sendo detentora de características de direito público (oriundas da própria soberania estatal).*”²¹⁸ A jurisdição não se confunde com o ordenamento, mas passa, no Estado Jurislador, a repercutir contentutisticamente em sua leitura.

Tal função da jurisdição precisa ser exercida via precedentes votados colegiadamente com a maior densidade decisória possível. Sem isso, o Estado Jurislador passaria interferir na gestão das relações jurídicas, por ato de um único magistrado. Estar-se-ia modificando a orientação legislativa original, estabelecida pelo Parlamento após debate com a sociedade, sem um julgamento colegiado plural e de acesso democrático.

Se de um lado seria um exagero considerar toda a atividade protagonista como estado de exceção, por outro lado seria ilógico considerar que as pontuais derrogações legais já feitas pela Corte Suprema no Brasil configuram um irrelevante jurídico. Segundo Enrique Ricardo Lewandowski “a nossa Constituição realmente escancarou as portas do Poder Judiciário – estou colocando o protagonismo do Poder Judiciário dentro de um quadro mais amplo”²¹⁹. E prossegue ele: “Não se trata de 11 ministros no Supremo Tribunal Federal que, de repente, tenham resolvido intervir mais ativamente no processo político e social, ou mesmo econômico, é porque isso se insere dentro de um quadro efetivamente mais

²¹⁷ Cf. Hans Kelsen, “Teoria Geral do Direito e do Estado”, pp. 193/194.

²¹⁸ Em Processo de conhecimento, vol. I, Rio de Janeiro, Forense, 1989, p.3.

²¹⁹ Neste sentido, cf. Enrique Ricardo Lewandowski, em “O protagonismo do Poder Judiciário na era dos direitos”, publicado na Revista de Direito Administrativo v. 251 (maio/ agosto 2009), referente a palestra proferida na Escola de Direito da FGV em 29 de agosto de 2009, p. 80.

amplo.”²²⁰ Estaríamos diante do transplante do “common law” para o nosso sistema?

No sistema do “common law” a lei faz o rei: “Lex facit regem”, conforme corajosamente afirmou Lord Bracton, no que foi seguido por Lord Coke. Em seu *Diálogo entre um filósofo e um estudante inglês de “Common Law”*, Thomas Hobbes conclui que a *Justiça preenche o direito, e a Equidade interpreta o direito.*²²¹ Isto para demonstrar que os juristas ingleses, há mais de meio milênio, se ocupam da limitação da força das autoridades produtoras de normas.

Já em nosso sistema, a tradição interpretativa declara e atualiza conteúdos normativos a partir de critérios racionais mediados pela realidade diariamente. No sistema insular, a realidade vem em primeiro lugar; já no sistema continental, a racionalidade individual filtra com certa margem de liberdade esta realidade. “A teoria da consistência lógica do direito que prevalece no continente é substituída no direito inglês pela teoria da continuidade histórica”²²², afirma Franz Neumann com base nas lições de Goodhart.

Afirma Mauro Cappelletti, no clássico “Juizes Legisladores?” que: “O verdadeiro problema não é, portanto, de um claro contraste, que na realidade não existe, entre os conceitos de interpretação e de criação do direito. O verdadeiro problema é de outra ordem, ou seja, é aquele relativo ao grau de criatividade e de modos, limites e aceitabilidade da criação do direito em funcionamento nas cortes judiciais.”²²³

Essa criatividade é que hoje está indo muito além das autorizações para a colmatação de lacunas. Daí a necessidade de se imporem requisitos qualitativos e quantitativos para os órgãos judiciários com autonomia para inovar no direito.

²²⁰ Ob. cit.

²²¹ Cf. Thomas Hobbes, in “A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England”, editado por Joseph Cropsey, pela Editora da Universidade de Chicago em 1971, na impressão de 1997, p. 101. No original: “I conclude that Justice fulfils the Law, and Equity interprets the Law”.

²²² Em “O Império do Direito”, Editora Quartier Latin, 2013, p. 396.

²²³ Cf. Mauro Cappelletti, in “Giudici Legistarori?”, 1984, p. 10. No original: “Il vero problema non è dunque quello di un neto contrasto, che nella realtà non esiste, fra i concetti di interpretazione e di creazione del diritto. Il vero problema è un altro, ossia quello del grado di creatività e de modi, limiti e accettabilità dela creazione del diritto ad opera dele corti giudiziarie.”

5.3. Construção de sentidos além das lacunas

Quando se fala em criação de novos sentidos não previstos no texto legal, ou bem estamos a debater a colmatação de lacunas ou a projetar injeção expansiva de conteúdo normativo originário por interpretação ampliativa. No direito romano se alertava para a clausura do texto das regras, com o conhecido “o que a lei não distingue, o intérprete não pode distinguir” ao mesmo tempo em que Paulo de Tarso alertava que “a letra mata e o espírito vivifica”. Hans Kelsen em sua monumental “Teoria Geral do Direito e do Estado” já visualizava que o Tribunal não é meramente um autômato:

“Contrariamente ao que às vezes se afirma, o tribunal não formula apenas um Direito já existente. Ele não ‘busca’ e ‘acha’ apenas o Direito que existe antes da decisão, não pronuncia meramente o Direito que existe, pronto e acabado, antes do pronunciamento.”²²⁴

O tema da construção ordinária de sentido pelos tribunais se atualiza com o nome protagonismo judicial, outorgando-se agora uma maior liberdade interpretativa. Doutrinadores que utilizam a voz “ativismo” são mais críticos a esta licença hermenêutica. E há ainda os que julgam ser totalmente inconstitucional a injeção de conteúdo no momento da subsunção: estes entendem que estamos diante de um estado de exceção judicial.

A posição de Kelsen sobre estes temas merece uma análise detida, ainda que hoje seja um autor mais estudado no Brasil do que na Áustria. Pedimos vênia para repassar alguns conceitos trabalhados por Hans Kelsen, para os lembrar e servir de apoio ao nosso desenvolvimento subsequente do tema.

A visão profunda de Hans Kelsen não passou despercebida pelo importante autor francês Michel Troper. Em 1994, Troper faz um esforço para reescrever as bases da Teoria Jurídica do Estado, rompendo com a estrutura dos

²²⁴ Cf. Hans Kelsen, “Teoria Geral do Direito e do Estado”, pp. 196/197.

cursos tradicionais que tratam do tema. Ele recorta as várias passagens em que Kelsen analisa a atividade criadora do Judiciário, e conclui especificamente sobre a possibilidade de estabelecimento de normas gerais ou individuais:

“Contudo, se extrai de várias outras passagens de sua obra que a posição de Kelsen é cheia de nuances. Contrariamente à atitude que ele adota acerca de outros problemas, ele busca aqui uma via intermediária entre duas atitudes possíveis: afirmar que os tribunais não criam jamais normas gerais, mas se limitam a deduzir as sentenças que eles pronunciam a partir de normas legisladas (é a atitude da doutrina tradicional na Europa continental), sustentar que somente os tribunais criam normas (seria uma atitude dita ‘realista’). A solução intermediária consiste em estimar que os juízes criam normas gerais em alguns casos limitados, mas que fora de tais casos, eles se limitam a criar normas individuais.”²²⁵

(tradução livre)

Vejam os alguns trechos importantes da obra de Kelsen, que certamente influenciaram as conclusões de Michel Troper. Vamos tentar olhar para as várias versões da obra de Kelsen ao longo dos países em que trabalhou e cujos sistemas certamente influenciou. Diz Kelsen, na “Teoria Geral do Direito e do Estado”, que o tribunal atua, sim, como Legislador em algumas situações:

“A corte é autorizada a ordenar uma sanção contra o acusado ou réu apesar da falta de uma norma geral estipulando a obrigação deste; isso, contanto que o tribunal julgue a inexistência de tal norma geral estipulando a obrigação do acusado ou réu reclamada pelo promotor ou queixoso como sendo insatisfatória, injusta ou iníqua. Isso significa que o tribunal é autorizado a criar para o caso concreto a norma de direito substantivo que considera satisfatória, justa ou imparcial. O tribunal funciona, então, como um legislador.”²²⁶

²²⁵ Michel Troper, na obra « Pour une théorie juridique de l'État », p. 73: « Cependant, il ressort de plusieurs autres passages de son oeuvre que la position de Kelsen est beaucoup plus nuancée. Contrairement à l'attitude qu'il adopte sur d'autres problèmes, il recherche ici une voie moyenne entre deux attitudes : affirmer que les tribunaux ne créent jamais de normes générales, mais se bornent à déduire les sentences qu'ils prononcent des normes législatives (c'est l'attitude de la doctrine traditionnelle en Europe continentale) ; soutenir que seuls les tribunaux créent des normes (c'est l'attitude dite 'réaliste'). La voie moyenne consiste à estimer que les juges créent des normes générales dans quelques cas limités, mais qu'en dehors de ces cas, ils se bornent à créer des normes individuelles. »

²²⁶ Cf. Hans Kelsen, “Teoria Geral do Direito e do Estado”, p. 211.

Nesse trecho, Kelsen está preocupado com a situação de anomia, de falta de norma específica no sistema legal, preordenada a regular um dado caso concreto. E se não há normativa para o caso, está implícita no sistema uma autorização decorrente da proibição do “non liquet”, para que o magistrado supra a lacuna e diga o direito aplicável ao caso:

“A autorização previamente mencionada para ordenar uma sanção que não foi estabelecida por uma norma geral preexistente é muitas vezes dada aos tribunais indiretamente, por meio de uma ficção. Trata-se da ficção de que a ordem jurídica tem uma lacuna – significando que o Direito vigente não pode ser aplicado a um caso concreto porque não existe nenhuma norma geral que se refira a esse caso. A ideia é a de que é logicamente impossível aplicar o Direito efetivamente válido a um caso concreto porque falta a premissa necessária.”²²⁷

Tudo, segundo Kelsen, para que não haja um vazio decisório. E nisso chegaríamos mesmo a admitir que um sujeito de direitos que não se via, de antemão, obrigado por qualquer norma, pode acabar jungido ao conteúdo de uma decisão judicial desprovida de fundo de direito:

“A ordem jurídica não pode ter quaisquer lacunas. Se o juiz está autorizado a decidir uma disputa como legislador no caso de a ordem jurídica não conter nenhuma norma geral obrigando o réu à conduta reclamada pelo queixoso ele não preenche uma lacuna do Direito efetivamente válido, mas acrescenta ao Direito efetivamente válido uma norma individual à qual não corresponde nenhuma norma geral. O Direito efetivamente válido poderia ser aplicado ao caso concreto pela rejeição da lacuna. O juiz, contudo, está autorizado a modificar o Direito para um caso concreto, ele tem o poder de obrigar juridicamente um indivíduo que antes estava juridicamente livre.”²²⁸

Em resumo, podemos afirmar que Kelsen entende, nesta obra, que está vedado ao juiz fabricar normas para o caso concreto não-normado, até que o

²²⁷ Cf. Hans Kelsen, “Teoria Geral do Direito e do Estado”, p. 212.

²²⁸ Cf. Hans Kelsen, “Teoria Geral do Direito e do Estado”, p. 213.

ordenamento jurídico validamente votado o habilite a tanto. Seria necessário que o próprio Legislador admitisse a hipótese de “lacuna legis” e titularizasse o julgador a suprir o defeito em seu nome por delegação. Isto porque o juiz não pode entrar sozinho na porta da discricionariedade absoluta, a não ser que o próprio ordenamento em situações determinadas opte por lhe facultar (“rectius”: ordenar) tal atitude, para, aí sim, aplicar ao caso concreto a solução que teria esboçado ele, juiz, se tivesse sido o legislador no momento da normogênese.

Modernamente percebemos que isto vem ocorrendo em duas situações: quando se determina ao magistrado que siga precedentes de outras instâncias ou nas hipóteses em que o legislador deferiu ao magistrado o poder de solver lacunas normativas reais (como ocorre em Suíça, onde Kelsen lecionou por vários anos). E o Judiciário suprirá as lacunas com a solução que ele daria ao caso se tivesse sido o legislador no passado daquela dada hipotética situação, que concretamente lhe é posta para apreciação no presente. A solução suíça estudada por Kelsen é similar ao preceito do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.²²⁹

Neste mesmo sentido, vejamos a avaliação de Michel Troper:

“A tese de Kelsen é, portanto, em definitivo muito simples: o juiz não pode criar normas gerais a não ser que esteja habilitado pela lei e isto não se produz a não ser em duas hipóteses: quando o legislador atribua aos juízes o poder de se pronunciar em conformidade com os precedentes, ou quando ele enuncie uma disposição semelhante àquela do código civil Suíço.”²³⁰

(tradução livre)

Kelsen passou parte de sua vida negando a possibilidade de injeção de conteúdo nas normas pelo Judiciário, o que é repetido até mesmo de modo exagerado, e em letras garrafais, por grande parte dos autores ditos kelsenianos.

²²⁹ Hoje denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

²³⁰ Na obra “Pour une théorie juridique de l’État”, p. 79: «La thèse de Kelsen est donc en définitive très simple : le juge ne peut créer des normes générales que s’il y est habilité par la loi et cela ne se produit que dans deux hypothèses : lorsque le législateur prescrit aux juges de prononcer

Como se costuma afirmar em diálogos filosóficos: há kelsenianos que são mais kelsenianos do que o próprio Kelsen. Vejamos o que afirma ele sobre a essência da atividade interpretativa na já citada obra “*O primado do parlamento*”:

"Se por *interpretação*, se entende a verificação de sentido de uma dada norma que vai ser posta em execução, o resultado desta atividade só pode ser o campo da avaliação oferecido pela norma que deve ser interpretada, e, portanto, o conhecimento das várias possibilidades que existam dentro deste campo de aplicação. Assim, a interpretação de uma lei não leva necessariamente a apenas uma solução, como um único caminho justo, mas possivelmente a mais soluções, todas elas - do ponto de vista de que a regra seja aplicada - se iguais, então mesmo se apenas uma delas tornar-se lei no julgamento pelo tribunal. O fato de que a decisão se baseia na lei significa, na verdade, apenas que deve manter-se dentro do leque de soluções oferecido pela lei, e assim não significa que seja a norma individual, mas apenas *uma* das possíveis regras individuais no âmbito da norma geral.

“A jurisprudência tradicional, no entanto, considera que se deve esperar da interpretação não só a determinação de campo deixado para o ato jurídico a ser implementado, mas também o cumprimento de uma tarefa adicional posterior, que pode mesmo tornar-se sua função principal. A interpretação deve desenvolver um método que torne possível colmatar de modo justo o campo semântico em verificação. A teoria atual quer nos fazer acreditar que a lei, aplicada ao caso concreto, não necessariamente poderá fornecer sempre a solução certa e que a justeza positiva desta solução esteja na mesma lei. Apresenta o processo hermenêutico como um ato intelectual de esclarecimento ou de compressão, como se o intérprete só devesse usar o intelecto racional e não a intenção volitiva, e como se a atividade intelectual simples pudesse fornecer, entre as várias soluções possíveis, a que corresponda ao direito positivo, aquela que seja a mais justa com apoio nisso.”²³¹
(tradução livre)

conformément aux précédents : lorsqu’il énonce une disposition semblable à celle du code civil suisse.»

²³¹ Cf. Hans Kelsen, “Il primato del parlamento”, pp. 162/163: “Se per interpretazione s’intende l’accertamento del significato di una norma da eseguire, risultato di quest’attività non può che essere l’accertamento del campo offerto dalla norma da interpretare e quindi la conoscenza delle varie possibilità che esistono all’interno di questo campo. Sicché l’interpretazione di una legge non deve necessariamente condurre ad una soluzione soltanto, come all’unica giusta, ma possibilmente a più soluzioni, le quali tutte – dal punto di vista della norma da applicare – se equivalgono, anche se poi una sola di esse diventa diritto nella sentenza dal giudice. Che la sentenza si fonda sulla legge, in effetti, significa solo che si mantiene all’interno del campo offerto dalla legge, non significa che è la norma individuale ma una delle norme individuali possibili entro l’ambito della norma generale.

La giurisprudenza tradizionale ritiene tuttavia di doversi attendere dall’interpretazione non solo l’accertamento del campo lasciato all’atto giuridico da porre in essere ma anche l’assolvimento di un compito ulteriore, nel quale anzi è incline a vedere la sua funzione principale. L’interpretazione

No Estado de Direito atual podemos mesmo afirmar que parcela importante da soberania estatal é exercida pelo manuseio dos poderes instrumentais conectados à jurisdição. Se não em volume de decisões, ao menos no aspecto qualitativo. Decisões de proa e contramajoritárias têm sido tomadas pela Corte Suprema.²³² É assim que direitos há tempos exigidos sem sucesso acabam obtendo consagração pela via judicial.

5.4. Direcionamento prospectivo via racionalidade retrospectiva

O Estado Jurislador surge como substrato pragmático daquilo que Bobbio denominou como a Era dos Direitos, conforme já dissemos acima. Isto nos obriga a entrar na dialética da contradição judicial auspiciada pela Era dos Conflitos. Segundo Walter Benjamim: *“Ser dialético significa ter o vento da história nas velas. As velas são os conceitos. Porém, não basta dispor das velas. O decisivo é a arte*

dovrebbe sviluppare un metodo che renda possibile colmare in modo giusto il campo accertato. La corrente teoria vuol far credere che la legge, applicata al caso concreto, non possa che fornire sempre la giusta soluzione e che la giustezza positiva di questa soluzione si trovi nella stessa legge. Essa presenta il processo ermeneutico come un atto intellettuale di chiarificazione o di compressione, come se l'interprete dovesse adoperare solo l'intelletto e non la volontà, e come se la semplice attività intellettuale potesse fornire, fra le varie possibili soluzioni, quella che risponde al diritto positivo, quella che è giusta in base ad esso.”

²³² Neste sentido, cf. Enrique Ricardo Lewandowski, em “O protagonismo do Poder Judiciário na era dos direitos”, publicado na Revista de Direito Administrativo v. 251 (maio/ agosto 2009), referente a palestra proferida na Escola de Direito da FGV em 29 de agosto de 2009: “ O Supremo extraiu de conceitos, de princípios que talvez no passado pudessem ser considerados meras elucubrações de caráter abstrato do constituinte, mas deu-lhes efetividade, deu-lhes concreção. O Supremo que faz isso, cada juiz, desde o juiz substituto de primeira instância usa os princípios e faz aplicação dos princípios. E mais: o Judiciário, sobretudo instado pelo Ministério Público, agora renovado em força, poder e vontade política, passou a decidir questões que antes estavam reservadas aos demais poderes; por exemplo, passou a decidir questões, e decidir com bastante intervencionismo, digamos assim, o que pode ser por muitos considerado exacerbado, mas o Judiciário ingere agora na área da saúde, do meio ambiente, do consumo, da proteção das crianças, dos adolescentes, dos portadores de necessidades especiais. Isso ocorre especialmente na área da saúde; há um protagonismo muito grande do Poder Judiciário em conceder remédios para aqueles que não podem adquiri-los, ou medicamentos que não estão ainda à disposição no SUS, sobretudo para pacientes terminais. Refiro-me especificamente aos coquetéis que existem e que são distribuídos com muita parcimônia para os portadores da Aids. Isso, evidentemente, aumentou muito o protagonismo do Poder Judiciário, levando muitos a imaginar que estaria sendo rompido o tradicional princípio da separação dos poderes”, p. 82.

de posicioná-las".²³³ Temos nós que verificar se o Judiciário tem lançado as velas da evolução social no lado correto da nau que representa o Estado.

Se o Estado de Direito está organizado como o grande Leviatã, um monstro marinho violento que tudo deglute, o Estado Jurislador pode cumprir a função de ser a nave que atravessa este mar revolto, sobretudo em perigosos caminhos contra-majoritários. E ainda com a vantagem de exercer o papel de orientador jurídico para futuros casos semelhantes. O Judiciário pode ser entendido com o direcionador jurídico, em razão do manuseio de seus poderes instrumentais. Estará sendo cumprida a função que os franceses denominam "*aiguilleur juridique dans le gouvernement des juges*" (manobreiro jurídico no governo dos juízes). O tema sempre foi objeto de grande debate na França.

Em 1789 os franceses proibiram aos juízes qualquer parcela de poder político ainda que incidental na produção legislativa, pois a magistratura sempre foi retirada de um extrato social considerado aristocrático (o qual a revolução deseja desempoderar e até guilhotinar). Foi mediante um "obiter dictum" de uma decisão do Conselho Constitucional de 1985 (quase 200 anos depois da Revolução Francesa) que se passou a entender que a lei somente é expressão da vontade geral se produzida em conformidade com a Constituição. Até então se entendia que a lei era expressão da vontade geral e ponto final, sem a possibilidade de revisões de conteúdo por critérios racionais pautados em uma Carta Política. Basta dizer que os franceses modificaram as Constituições várias vezes, mas o Código Civil segue sendo o mesmo desde 1804.

A partir de 1985, o texto da Constituição Francesa de 1958, cujo conteúdo é filtrado pelos nove sábios do Conselho Constitucional, passa a ser um dos critérios para avaliar, em sede de controle prévio à publicação da norma, o acerto do Legislador. Neste momento, os franceses migram de um regime legicentrista, de expressão da vontade geral, para um regime constitucionalista de filtragem dos atos normativos parlamentares em nome do povo francês. Guardadas

²³³ Em "Passagens", 2009, p. 515.

as devidas proporções, algo semelhante começou a se aplicar no Brasil a partir de 1988, quando se escancararam as portas do Judiciário.²³⁴

Nas palavras de Philippe Blachère: “a intervenção do juiz constitucional se integra a este regime constitucionalista de expressão da vontade geral pois o controle de constitucionalidade se apresenta como técnica de avaliação e de atestação da qualidade constitucional da lei votada” (tradução livre).²³⁵

Na visão clássica, a soberania já foi tida por indivisível, qualificação que acaba sendo revista com o surgimento das federações²³⁶. Em um Estado Federado como o brasileiro, por exemplo, não são apenas as unidades federadas, por seu Poder Executivo, que disputam parte do poder central, mas assim também o Judiciário e suas instâncias. Tal situação de fato é ainda mais evidente quando o Judiciário inicia sua escalada sobre as verbas e receitas estatais, definindo locais e quantitativos de aplicação, ao lado (ou acima) das necessidades públicas definidas pelos poderes democraticamente eleitos para o exercício desta atribuição.

O papel do intérprete constitucional é servir de mediador dos valores postos na constitucional. Isto porque haverá discursos jurídicos plausíveis em favor de todas as partes no processo judicial. Nas palavras de Häberle: “o processo de

²³⁴ Neste sentido, cf. Enrique Ricardo Lewandowski, em “O protagonismo do Poder Judiciário na era dos direitos”, publicado na Revista de Direito Administrativo v. 251 (maio/ agosto 2009), referente a palestra proferida na Escola de Direito da FGV em 29 de agosto de 2009, p. 80.

²³⁵ In “Contrôle de constitutionnalité et volonté générale”, PUF, 2001, pp. 25/26. Diz o texto original: « L'intervention du juge constitutionnel s'intègre à ce régime *constitutionnaliste* d'expression de la volonté générale puisque le contrôle de constitutionnalité se présente comme la technique d'évaluation et d'attestation de la qualité constitutionnelle de la loi votée. »

²³⁶ Sobre a antinomia entre federalismo e soberania vejamos a obra “Théorie de la Fédération” de Olivier Beaud: “Em oposição a estas soluções radicais, não faltam juristas que proponham soluções de conciliação visando resolver esta antinomia entre federalismo e soberania, por meio de apaziguamento.

“A solução mais simples consiste em resolver o problema lógico e conceitual via criação semântica. Considerando que a soberania é indivisível, e que é justamente este ponto que traz um problema, basta imaginar uma ‘dupla soberania’ ou ainda uma ‘semi-soberania’ ou ainda uma ‘soberania compartilhada’ para redefinir o federalismo sem dificuldade” (tradução livre). PUF, Léviathan, 2013 (reimpressão), p. 61.

No original : « Par opposition à ces solutions radicales, il n'a pas manqué non plus de juristes qui ont proposé des solutions de conciliation visant à résoudre par l'apaisement cette antinomie entre fédéralisme et souveraineté.

« La solution la plus simple consiste à résoudre le problème logique et conceptuel au moyen d'inventions sémantiques. Puisque la souveraineté est indivisible, et que c'est justement ce point qui pose le problème, il suffit d'imaginer une ‘double souveraineté’ ou encore une ‘demi-souveraineté’ ou enfin une ‘souveraineté partagée’ pour redefinir le fédéralisme sans difficulté. »

interpretação constitucional é infinito, o constitucionalista é apenas um mediador (Zwischenträger)".²³⁷ E aí o método de leitura aberta das normas deve zelar pelo impacto do conteúdo constitucional para o maior número possível de cidadãos, pois os seus critérios de interpretação "hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade".²³⁸

E aí o tema do controle aflora relevante, pois sem ele a interpretação dada pelos tribunais pode arranhar a higidez jurídica de todo o sistema. "Num sistema arbitrário, sem limitações constitucionais, os governantes tomam decisões que forem de sua conveniência, alegando interesse do Estado ou do povo", afirma Dalmo de Abreu Dallari, em "Constituição e Constituinte"²³⁹, quando trata justamente do poder político sem limitações.

5.5. Soberania da jurisdição inclusiva

Desta mesma forma, a soberania se reparte entre os vários estamentos temáticos do poder estatal, sendo a atuação política do estado-juiz a que é menos estudada. Os juízes estudam pouco a "jurisdição" como categoria no direito, talvez como força de autopreservação. Quando mais obscuro o poder, menos passível de ser sindicado ele será. Não haveria porque propor limites para algo que deveria ser um poder ampliado em prol da solução dos conflitos. Talvez até por temor de arranhar o mito da imparcialidade judicial ou para preservar a sacralidade da justiça.

É claro que se o juiz é imparcial, agindo presumidamente em favor da sociedade, quanto mais força tiver em sua atividade, maior seria o ganho para toda a coletividade. Mas, e quando o magistrado estiver apresentando como neutra sua decisão de soberania judicial apoiada em interesses não-republicanos? Todo ato

²³⁷ Cf. Peter Häberle, em "Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição", SAFE, 1997, p. 42.

²³⁸ Cf. Peter Häberle, em "Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição", SAFE, 1997, p. 13.

de poder requer fiscalização, o que se amplia com a migração da função de simples “boca da lei” para uma atribuição de cérebro do ordenamento.

Sobre as características prospectivas da relação entre jurisdição e poder, ao longo dos séculos, vale a pena rever as conclusões de José Rogério Cruz e Tucci em “Jurisdição e Poder” quando afirma que é a racionalização dos conteúdos decisórios que aporta segurança e certeza aos sistemas judiciais:

“... lembre-se que um outro desses posicionamentos concernentes à independência, ou não, do poder jurisdicional, é exigência de natureza política, só interessando ao jurista a partir do momento em que gere instrumentos utilizados pela praxe judiciária; ou seja, os motivos dessa escolha, historicamente condicionados por fenômenos estruturais, ideológicos e culturais, peculiares a cada segmento social, devem ser colhidos na própria história, pelo detido exame de inúmeros comportamentos e fatores que lhes determinaram a orientação e traçaram o caminho.

“Somente à luz dessa ótica é que poderemos extrair o exato significado da afirmação de Calamandrei, estampada em seu conhecido *Processo e democrazia*, no sentido de que ‘*la razionalizzazione del potere, che sottrae la decisione giudiziaria al capriccio del giudicante... che separa il campo del legislatore da quello del giudice... c’è la certeza dei diritti, suprema garanzia della libertà personale*’.” [“a racionalização do poder, que subtrai a decisão judicial do capricho do julgador... que separa o campo do legislador daquele do juiz... é a certeza do direito, suprema garantia da liberdade pessoal”]²⁴⁰

Concordamos com José Rogério Cruz e Tucci, no sentido de que a racionalização é uma meta a ser incansavelmente perseguida. No moderno Estado Jurislador a certeza não é uma consequência meramente lógico-abstrata, decorrente da ficção segundo a qual a norma que nos vincula foi produzida por representantes eleitos, sendo só por isso hígida e legítima. Não!

Não basta uma presunção fático-jurídica de esterilização do ordenamento, até porque é sabido que grande parte das normas, ainda que não sejam leis de efeitos concretos, possuem um endereço certo de aplicação. Os

²³⁹ Cf. Dallari, em “Constituição e Constituinte”, p. 61.

²⁴⁰ Cf. José Rogério Cruz e Tucci, Saraiva, 1987, pp. 195/196, esclarecemos, por meio de tradução livre, nos colchetes.

princípios jurídicos, na sua condição de densificação de normas, são irretrotraíveis e a comunidade jurídica internacional a eles agrega entendimentos e leituras que devem sempre ampliar o Estatuto do Cidadão. A soberania do judiciário filtra e inclui o cidadão na soberania nacional. Um dos fundamentos da aceitação de uma jurisdição expansiva é um certo desprestígio do Parlamento, segundo Marcelo Figueiredo. Vejamos:

“Com o desprestígio do Parlamento – atribuído a vários fatores, dentre os quais, a insuficiência de ser ele, solitariamente, o produtor de toda a atividade normativa indispensável às múltiplas exigências do Estado Social, e hoje, também da sociedade tecnológica de massas – associado à transferência gradual de poderes normativos ao Executivo, surge, no cenário político-jurídico internacional, uma multiplicação de centros normativos que se inicia com a atividade regulamentar (muitas vezes desvirtuada), e se completa com a multiplicidade de organizações administrativas governamentais ou não-governamentais que passam a emitir normas jurídicas, nem sempre, é certo, respeitando os poderes recebidos pelo ordenamento jurídico constitucional.”²⁴¹

Não deveria haver espaço para retrocessos e a sociedade de massas pode servir para garantir que não haja possibilidade de derrogação pontual de direitos de grupos ou pessoas sem resistência ou amplo conhecimento. Claro que isso pressupõe a saída do cidadão de sua menoridade (cf. Kant em “O que são as luzes?”). Soberania envolve excluir a influência de regimes alienígenas e impedir influência deletéria de súditos de outras nações. A soberania judicial é necessariamente inclusiva, para a ampliação do Estuto dos Cidadãos brasileiros e estrangeiros residentes no País (art. 5º, CF).

Dentre os vários estudos produzidos por Garapon, selecionamos a obra “Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito”, e dela extraímos alguns parágrafos que demonstram o que estamos a defender, e o caminho que a aplicação “mundializada” do direito deveria seguir.

²⁴¹ Cf. Marcelo Figueiredo, na tese apresentada para o concurso de Professor Titular PUC/SP em 2007, sob o título “Direito Constitucional Transnacional e algumas de suas dimensões”, obra ainda não publicada, p. 80.

Na visão de Garapon e Allard, a interpretação sistemática das várias Cortes, dos vários países, poderia estabelecer um padrão de densidade crítica acerca do conteúdo dos institutos jurídicos:

“Em lugar de falarmos de um sistema judicial globalizado, que pressuporia uma organização hierárquica e um conjunto de normas comuns que não existem, poderíamos antes falar de uma ‘sociedade de tribunais’.”²⁴²

Ou seja, na visão de Garapon não se trata de formatar um tribunal planetário e homogeneizar a jurisprudência de um modo piramidal. Não. O que faz mais sentido é a compatibilização de sentidos mediante a troca de informações. Trata-se de visão que prestigia o multiculturalismo, e dentro dele a o estudo comparado da “ratio decidendi”. Os estudos de Mario Losano já demonstraram que a estrutura do direito segue um modelo reticulado, e não uma “estrutura piramidal” de matriz geométrica (como bastas vezes afirmam alguns kelsenianos, ainda que em sua obra não exista a expressão pirâmide normativa). André-Jean Arnaud prefere falar em policentrismo para a coexistência das diversas ordens jurídicas, cuja representação pluralista impacta nos ordenamentos internos.²⁴³

O impacto das normas na realidade decorre do direito-meditado ou racionalmente clarificado pelos órgãos incumbidos da interpretação. É muito mais simples ater-se a valores universais do que à imbricação do emaranhado de normas produzidas em profusão pelas facilidades informáticas. Neste sentido, o sistema do “common law” tem muito a ensinar aos demais sistemas, pois nele é da aplicação prática que surge o conteúdo concreto das normas, e não simplesmente de uma avaliação pura e abstrata de expertos no tema. Os ingleses, por exemplo, decantam ao longo dos anos a compreensão do direito, e não acreditam que um dado juiz singular isolado possa ter em cada caso uma iluminação heurística sobre o que poderia ser a “melhor” solução. E prosseguem Garapon e Allard:

²⁴² Cf. Julie Allard e Antoine Garapon, Edição do Instituto Piaget, 2006, p. 32.

²⁴³ Cf. André-Jean Arnaud, em « Critique de la raison juridique – 2 Governants sans frontières – Entre mondialisation et post-mondialisation », LGDJ, 2003, pp. 185/186. Vejamos dois trechos : « La *polycentricité* designe donc l’existence d’une multiplicité de centres de décision juridique dans un

“Os fóruns judiciais mundiais foram, portanto, beber o essencial da sua estrutura no *common law*, ao organizarem-se principalmente em torno dos juízes. É a eles que o comércio judicial transnacional deve o essencial da sua coerência e da sua força (e não a legisladores ou doutores em Direito).”²⁴⁴

Até porque a produção de reflexão jurídica associada à prática e aplicação concreta dos institutos tem muito mais chance de acerto, dada a densificação natural produzida pela análise de casos semelhantes e reiterados:

“Os juízes são investidos de uma função que os obriga a prever e a ponderar as consequências das suas decisões, o que constitui uma virtude política. As sentenças proferidas em outras paragens no âmbito de casos semelhantes, que, na maioria das vezes, já foram aplicadas, revestem-se de um valor de experimentação para a decisão que eles se preparam para tomar.”²⁴⁵

E é assim que a força discursiva das decisões se espraia, em meio às forças políticas mais variadas, e retroalimenta a influência recíproca entre política e direito. O ônus da argumentação desincumbe o magistrado da comprovação de que uma dada situação de fato efetivamente ocorreu. E prosseguem Garapon e Allard:

“Este modo de intervenção permite dar voz a grupos ou forças políticas cuja importância não se determina nem de forma aritmética, como no caso da representação eleitoral, nem através da demonstração de força na rua. Doravante, é por meio do discurso, e submetendo-se às suas formas jurídicas, que se exerce a influência a montante da decisão”.²⁴⁶

Tal homogeneização racional de conteúdo pode, na visão de Garapon e Allard, servir de filtro para o que seja publicável:

« système donné ». (...) « Le concept de polycentricité se réfère à celui de pluralisme, è cela près qu'il met l'accent sur la production de la norme. ».

²⁴⁴ Cf. Julie Allard e Antoine Garapon, Edição do Instituto Piaget, 2006, p. 57.

²⁴⁵ Cf. Julie Allard e Antoine Garapon, Edição do Instituto Piaget, 2006, p. 85.

²⁴⁶ Cf. Julie Allard e Antoine Garapon, Edição do Instituto Piaget, 2006, p. 111.

“Trata-se, sim, de analisar as novas vias tomadas pela luta política e, nomeadamente, a via judicial, nas suas novas formas. Mas, em qualquer dos casos, há que jogar o jogo do comércio entre juízes, isto é, procurar adotar as exigências da argumentação e corresponder ao princípio da publicidade.”²⁴⁷

Temos aqui que reconhecer a importância das teses, especialmente em direito processual, que vêm estudando o tema do ônus argumentativo das decisões (o que não é objeto do presente trabalho).

Tributar a segurança jurídica a um mero formalismo, que pressupõe ser a lei imaculada pelo parto da normogênese, não pode mais ser aceite nos sistemas modernos de direito. Isto porque parte de um antecedente lógico inexistente: a igualdade material de pontos de partida e a equiparação de todos relativamente ao grau na capacidade de influenciar na formação da lei.

5.6. O direito é uma teia de aranha

Na fábula jocosa que contamos aos nossos estudantes de direito, *tanto raposas quanto galinhas estão livres na floresta*, e só depende delas mesmas a própria sobrevivência por maior ou menor tempo (rematado absurdo, pautado em situação de total desigualdade).

Ou como se dizia dos legisladores de Atenas: “lex est araneae tela” (“a lei é uma teia de aranha”), pois só retém os mais fracos. Daí a insistência de se ficar reafirmando que todos devem cumprir a lei que “ajudaram” a compor: “pareto legi, quisque legem sanxeris” (“obedece à lei, tu que a promulgaste”). Isto porque se sabe que a teia de aranha foi pensada por alguns para capturar um universo determinado de súditos que não participaram do estabelecimento das regras.

O resultado deste sistema de aceitação mansa e de conhecimento presumido das normas é a igualdade formal apontada por Anatole France²⁴⁸. Desta

²⁴⁷ Cf. Julie Allard e Antoine Garapon, p. 111.

²⁴⁸ Repetimos a informação que já consta da introdução deste trabalho : « La majestueuse égalité des lois interdit aux riches comme aux pauvres de coucher sous les ponts, de mendier dans la rue et

igualdade formal é que decorre a visão individualista de mundo. Nos discursos de dominação, quem está em situação de pobreza deve ter feito ou deixado de fazer algo que o levou a tal situação – como se a sociedade não tivesse responsabilidade, ou como se a exclusão não gerasse benefícios para ninguém. E é claro que aquele que não tem condições de influenciar a própria mobilidade social individual tampouco terá condições de construir coletivamente alguma mudança social. Ou seja, não é verdade que o cidadão comum tem obrigação de respeitar a lei que ele ajudou a estabelecer. Pois ele não ajudou a compor a normatividade que o vincula.

Por isso os gregos já diferenciavam a “isegoria” (igualdade de voz na “ágora” e de manifestação na “eclesia”, assembleia ou espaço público) da “isonomia” (igualdade formal na lei). E tais conceitos ainda precisam ser lidos a partir de uma “isotimia” real (igualdade de almas). Todos são iguais, mas uns são mais iguais do que os outros. O acesso aos meios de fazer e influenciar não são iguais para todos os cidadãos. Daí a dificuldade de a “vontade geral” parlamentar refletir fielmente a “vontade de todos”. E nisso a supletividade judicial expansiva ter sido grandemente importante em algumas situações.

Para que se aumente o conhecimento sobre a supletividade judicial, é imperioso que se aumentem os meios de legitimação dos órgãos judiciais de cúpula, que exercem as competências do Estado Jurislador. O papel da Teoria Geral do Estado é justamente propor mecanismos que permitam aos vários discursos democráticos um círculo virtuoso de crescimento, para que a resultante da jurisfação se forme sobre uma base a mais larga possível. Ampliar o conhecimento sobre o que faz a lei, para legitimar cada vez mais o Judiciário e fortalecer os fios da teia de aranha que é a Justiça. A meta seria criar o brocardo: “a ignorância da jurisprudência a ninguém escusa”.

O discurso de igualdade não pode ser utilizado para fingir isonomia e atropelar direitos, ao argumento de que o cidadão “deveria saber”. Sem uma base alargada de filtragem de interesses para a produção das normas, o discurso da

de voler du pain » Em tradução livre : “A majestosa igualdade das leis proíbe tanto aos ricos como aos pobres de dormir debaixo das pontes, de mendigar nas ruas e de roubar pão.”

Cf. Julie Allard e Antoine Garapon, Edição do Instituto Piaget, 2006, p. 111.

igualdade é o que aniquila os desfavorecidos. É irretocável o resumo que Philippe Breton faz no livro sobre a incompetência democrática e a crise da palavra:

“O princípio igualitário tem, com efeito, a maior dificuldade em se afirmar diante dos partidários, muito ativos, do darwinismo social e do pensamento de Nietzsche, para quem a moral e a doutrina da igualdade são ‘o mais tóxico de todos os venenos’.”²⁴⁹

(tradução livre).

O protagonismo judicial deve agora retomar as rédeas na filtragem da produção de conteúdos jurídicos válidos com vistas a aumentar o acesso de todos ao conhecimento dos assuntos de Justiça.

A produção coletiva de sentidos judiciais a ser esculpida pelo Estado Jurislador será plenamente válida, desde que testada pelas várias instâncias, submetida ao crivo racional da comunidade jurídica e balizada, é claro, por um mínimo de autocontenção. Buscando sempre mecanismos de aproximação da Justiça com o cidadão.

Afirma Louis Fisher: “*Os juízes normalmente respondem que eles têm o dever de fazer a lei do caso concreto, por interpretação, em razão da linguagem geral utilizada pela Constituição e também em razão das lacunas e inadequações na Norma Geral editada pelo Congresso*” (tradução livre)²⁵⁰. Esta sistemática descrita por Fisher, que é uma obviedade no sistema do “common law”, está agora transposta para nosso direito estatutário de linhagem romano-germânica. Vem daí a facilidade de os britânicos aceitarem a ideia de “jurisprudência dogmática”, que teve como reação a Escola do Direito Livre no direito francês²⁵¹. Esta maior liberdade judicial precisa encontrar seus limites no direito brasileiro.

²⁴⁹ In « L'incompétence démocratique : La crise de la parole aux sources du malaise (dans la politique », Paris : La Découverte, 2006, p. 147 : « Le principe égalitaire a en effet le plus grand mal à s'affirmer face aux tenants, très actifs, du darwinisme social et de la pensée de Nietzsche, pour qui la morale et la doctrine de l'égalité sont 'le plus toxique de tous les poisons'. ».

²⁵⁰ Cf. Louis Fisher, em “Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process”, New Jersey: Princeton University Press, 1988, p. 38. No original: “Judges answer that they must make law because of general language in the Constitution and because gaps and inadequacies in the statute enacted by Congress”.

²⁵¹ Afirma Franz Neumann, em “O Império do Direito” (Editora Quartier Latin, 2013, p. 384): “A reação continental contra a jurisprudência dogmática é expressa na teoria da Escola da Livre

5.7. Uma maior abertura interpretativa

O que estamos aqui a defender vai no sentido de uma abertura interpretativa maior, e configura um passo adiante em relação à previsão geral do art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil Brasileiro (hoje Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). Vai mesmo além da prefiguração kelseniana, no sentido de que a norma legal precisaria prever textualmente a válvula de escape para uma atuação judiciário-interpretativa além do texto da norma.

É da aplicação consensual dos mecanismos do direito que surgirá a maior certeza e segurança na utilização do arsenal e instrumental jurídico.²⁵²

A síntese inicial lançada por Celso Lafer no prefácio da obra “Ativismo Judicial”, de Elival da Silva Ramos, é perfeita: “A elaboração de parâmetros dogmáticos que devem circunscrever o ativismo judicial é um empenho na *veritas* que deve nortear a passagem das *verba legis* à *sententia legis*, na interpretação da Constituição de 1988, no atual momento da vida do Direito Constitucional brasileiro”²⁵³.

Discrição. A Escola da Livre Discrição é decisivamente fundada na teoria de François Géný, de acordo com a qual a lei não está apenas contida nos estatutos, pois o sistema jurídico não está fechado e completo, mas tem lacunas que precisam ser preenchidas. E elas só podem ser preenchidas com normas legais; portanto, a decisão do juiz precisa ser uma decisão legal. Essas normas têm que ser gerais para atender às demandas do princípio de igualdade. Essas normas são encontradas pelo juiz, que não é, portanto, uma mera ‘máquina’, mas exerce funções criativas.”

²⁵² Segundo Luis Villacorta Mancebo, com apoio nas lições de Rubio Llorente e López Pina:

“... ‘Sem sair do Direito positivo se chega assim a uma situação análoga à de Direito natural *ex facto oritur ius*. A ciência do direito volta a ser uma ciência prática, se transmuda da ‘ciência do direito’ para a ‘jurisprudência’.”

“Surge pois o perigo de cair na situação definida por López Pina ‘de um Estado de Direito orientado à Constituição e decidido pela jurisdição...’ (tradução livre). Em “El pleno sometimiento a la Constitución y al resto de ordenamiento jurídico en la aplicación judicial del derecho”, p. 59: “... ‘Sin salir del Derecho positivo se llega así a una situación análoga a la del Derecho natural *Ex facto oritur jus*. La ciencia del Derecho vuelve a ser una ciencia practica, se pasa de la ‘ciencia del Derecho’ a la jurisprudencia’. [F. Rubio Llorente, Comentario del libro ‘*Il Diritto Mitte*’]”

“Surge, pues, el peligro de caer en la situación definida por López Pina ‘de un Estado de Derecho orientado a la Constitución y decidido por la jurisdicción. [A. López Pina, ‘Tareas del Estado y el Lugar de la Ley’...].”

²⁵³ Cf. Celso Lafer, no prefácio da obra “Ativismo Judicial” de Elival da Silva Ramos, p. 17.

A tese de Elival da Silva Ramos esgota o tema do ativismo judicial sob uma perspectiva procedimental dos mecanismos de interpretação e seus limites, para o regime constitucional brasileiro. Afirma o referido Professor:

“Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.”²⁵⁴

Encontrando formas judiciais de decisão colegiada para a modalização da conduta humana estaremos aumentando o respeito ao sistema jurídico. A força normativa dos Tribunais é uma realidade na Era dos Conflitos. A força modalizadora das Cortes Superiores, para além de uma função nomofilática uniformizadora, verticaliza os comandos para as instâncias iniciais. É um modelo de Estado-juiz protagonista que soluciona as lides do passado pensando já nos limites para o futuro.

Um Estado Jurislador pode aportar melhorias para o sistema de solução de conflitos. Produzindo decisões em nome do pluralismo de ideias e instituições, passíveis de verificação sistemática e colegiada. Por outro lado, um Estado Jurislador poderia arranhar a legitimidade do Judiciário, quando sua atuação acabe diminuindo a incidência dos direitos fundamentais.

Não podemos desconsiderar que o ordenamento é uno, mas os cidadãos são vários. Repartir ônus e direitos pode aumentar o patrimônio de alguns e diminuir o de outros. Por esta razão, as vinculações jurisprudências, se decorrentes de textura aberta do texto das normas, devem refletir opinião colegiada plural. Sem isso, os eventualmente prejudicados pela decisão irão sempre acusar a atuação protagonista de ativismo judicial inconstitucional.

5.8. A vinculação hierárquica na Constituição

A unidade do ordenamento garante a sua interpretação de modo simétrico, o que tradicionalmente era deferido pela concertação de intérpretes, coordenados pelos mais renomados doutrinadores. Unidade em um sentido de coordenação de propósitos, pois o processo é instrumental e seu fim é o acesso aos direitos materiais. Tais doutrinadores são os domadores de sentido a que se refere Rainer Maria Kiesow.²⁵⁵

Com a ampliação do debate sobre a validade judicial da legislação, os tribunais assumem a dianteira na delimitação da estrutura relacional da proposição jurídica. Daí afirmação várias vezes repetida de que adentramos um modelo de Estado Jurislador.

Prova disso é a vinculatividade ampla inserida na Constituição da República Federativa do Brasil pela Emenda Constitucional nº 45²⁵⁶. Nossa Constituição tem quatro dispositivos sobre o efeito ou caráter vinculante, que ficaram assim redigidos:

Art. 102.

(...)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e **efeito vinculante**, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

²⁵⁴ Em “Ativismo Judicial – Parâmetros Dogmáticos”, 2013, pp. 116/117.

²⁵⁵ Cf. Rainer Maria Kiesow, em « L’unité du droit », Éditions de L’École des Hautes Études en Sciences Sociales, 2014, pp. 19 e seguintes.

²⁵⁶ O efeito vinculante já previsto em nível legal no art. 28 da Lei nº 9.868/99: “parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”. Tal dispositivo se apoiava, em parte, no §2º do art. 102 da Constituição tal qual incluído pela Emenda Constitucional nº 3, de 17.03.1993.

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá **efeito vinculante** em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Art. 105.

(...)

Parágrafo único. Funcionário junto ao Superior Tribunal de Justiça:

II - o Conselho da Justiça Federal, cabendo-lhe exercer, na forma da lei, a supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal de primeiro e segundo graus, como órgão central do sistema e com poderes correicionais, cujas decisões terão **caráter vinculante**.

Art. 111.

(...)

§ 2º Funcionário junto ao Tribunal Superior do Trabalho:

II o Conselho Superior da Justiça do Trabalho, cabendo-lhe exercer, na forma da lei, a supervisão administrativa, orçamentária, financeira e patrimonial da Justiça do Trabalho de primeiro e segundo graus, como órgão central do sistema, cujas decisões terão **efeito vinculante**.

Da leitura dos dispositivos, se percebe que a finalidade buscada pelo legislador constitucional derivado foi a de verticalizar as decisões das Cortes Superiores. E ainda outorgou poderes correicionais, também vinculantes, para fins de se poder fiscalizar a fidelidade e a obediência das instâncias inferiores. Pretendeu-se, assim, otimizar a função nomofilática ou nomofilática uniformizadora da jurisprudência.

Pela nomofilaquia os tribunais superiores exercem a função de uniformização da interpretação do ordenamento. Seja em uma visão mais tradicional ou formal da busca pela interpretação exata, como pretendia Calamandrei, seja em uma visão dialética mais moderna. É o que Michele Taruffo vai denominar disputa processual de narrativas, que se amplia no novo processo civil do Século XX. O tema é antigo. Hegel já dizia, no início do século XIX, que “o processo dá às partes as condições para fazerem valer seus meios de prova e

motivos jurídicos e ao juiz as de conhecer o assunto. As fases do processo são elas mesmas direitos.”²⁵⁷

O novo Código brasileiro de 2015 é o Código do Contraditório e da Sanação dos defeitos. Em seu artigo 10 ficou estabelecida a proibição da surpresa: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.” O magistrado não pode tirar fundamentos da cartola na undécima hora. Deve, neste novo regime processual civil prevalecer uma visão teleológica ou finalista na aplicação do direito, que Cândido Rangel Dinamarco denomina direito processual material²⁵⁸.

A *unidade de sentido*²⁵⁹ a ser fixada pelas Cortes Superiores passa a um estágio mais alto com o novo Código de Processo Civil de 2015. Vejamos a redação atual do seu art. 927, quando lista as hipóteses de atuação uniformizadora via verticalização jurisprudencial:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

O rol de hipóteses do art. 927 do novo CPC de 2015 serve justamente para listar os mecanismos pelos quais o livre convencimento das instâncias

²⁵⁷ Cf. G. W. F. Hegel, em “Princípios da Filosofia do Direito”, tradução de Orlando Vitorino, 1ª edição, 4ª tiragem, São Paulo, Martins Fontes, 2009, p. 196/197 (§222).

²⁵⁸ Em “Teoria Geral do Novo Processo Civil”, Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, Malheiros, 2016, pp. 16/17.

inferiores poderá ser enfeixado. Isto casa perfeitamente com a ideia de que o discurso judicial de narrativas pode modificar o colorido dos fatos. A hierarquização das posturas, mediante vinculação, pode atingir mesmo o precedimento de acesso à produção probatória e aos limites do discurso de narrativas no processo. Não por outra razão, o artigo 371 do novo CPC/15 não repete a expressão “livremente” que constava do art. 118 do CPC/39 e do art. 131 do CPC/73, no concernente à apreciação livre da prova pelo Juiz.

O tema da sobrevivência ou não do princípio processual do “livre convencimento motivado” é assunto do direito processual civil. Na Teoria Geral do Estado, atentos ao fenômeno, não podemos desconsiderar a importância de uma nova situação processual em que enunciados produzidos de modo autocrático podem restringir acesso ao conhecimento judicial em favor dos jurisdicionados. Isto porque poderia restar desequilibrada a tripartição de funções.

5.9. Súmulas vinculantes e repercussão geral

Centraremos nossa análise nas súmulas vinculantes e na repercussão geral, mecanismos mais importantes do processo constitucional objetivo.

As súmulas vinculantes surgiram no cenário nacional com roupagem caracterizada constitucionalmente por um condensamento de conteúdos decisórios. Deveriam sempre decorrer da densificação de um largo conjunto de precedentes estáveis. Essa seria sua natureza jurídica: sumário de decisões estáveis em um determinado sentido, que serve para acelerar o acesso final à Justiça em casos futuros.

Infelizmente não é o que sempre acontece. Ou seja, ainda que muitas súmulas sejam acertadas, não todas elas passaram pela filtragem do debate retirado de uma massa significativa de casos similares. O ideal seria que todas as súmulas vinculantes fossem entalhadas por um método hipotético-dedutivo, pela

²⁵⁹ Na mesma linha vai Daniel Mitidiero, na obra “Cortes Superiores e Cortes Supremas – Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente”, 3ª edição, Thomson Reuters, Revista

construção de conjecturas submetidas a uma discussão crítica intersubjetiva e testes de falseamento (Karl Popper)²⁶⁰.

As súmulas vinculantes são uma evolução das súmulas persuasivas, que já indicavam que as instâncias superiores poderiam rever, em um dado sentido, casos em grau de recurso. Assim, um juiz poderia se rebelar contra uma súmula, mas teria a certeza de que sua decisão corria grande risco de ser revista pelas instâncias superiores, em prejuízo de uma entrega célere de jurisdição. O descumprimento do conteúdo sumular não criaria qualquer sanção ao prolator da decisão que o contrariou. A ideia de estabelecer súmulas persuasivas (não-vinculantes), no Brasil, se deve a Victor Nunes Leal (autor do célebre “Coronelismo, Enxada e Voto”, sua tese de concurso para o magistério), que em 1963 era Ministro do Supremo Tribunal Federal.

O Ministro Nunes Leal teve a ideia de reunir os conteúdos decisórios da Corte Suprema em categorias de julgado e os organizar em súmulas de julgamento, como meio de facilitar a localização do que já havia sido decidido (o que hoje fica facilitado ainda mais com a ciência da computação). As súmulas seriam um guia de consulta rápida sobre o que o Supremo Tribunal Federal havia julgado no passado em precedentes importantes e estáveis.

Ao que tudo indica, o Ministro Nunes Leal não pretendia utilizar tais súmulas como modo de substituir a legislação ou para aditar, ainda que parcialmente, os conteúdos legislados pela via da interpretação. Naquele momento histórico, já havia a estatolatria (crença de que no Estado está a solução para todos os problemas), mas não se falava ainda em “legislatria”, “legisprudência”, “supremocracia” ou em qualquer forma de legiferância jurisprudencial (apenas para listar alguns dos neologismos que gravitam nos tempos atuais).

Isto não significa que os Ministros da Corte, mesmo naquele tempo passado, abrissem mão de ter algum papel criativo na solução dos casos. Em absoluto. O também ex-ministro do STF Castro Nunes (aposentado em 22.09.1949), referia, em 1943, às possibilidades ampliativas da interpretação

dos Tribunais, pp. 111/112.

²⁶⁰ Marconi e Lakatos em “Metodologia Científica”, 7ª edição, Editora Atlas, 2017, p. 63/64.

judicial, com base na doutrina francesa, em seu livro “Teoria e Prática do Poder Judiciário”:

“Função da jurisprudência nas tendências contemporâneas.

“Marcel Nast assina à jurisprudência uma tríplice função, que assim discrimina: uma função como que *automática*, que consiste em *aplicar a lei*; uma função de *adaptação*, que visa reajustar a lei às ideias e necessidades contemporâneas; uma função *criadora*, que consiste em preencher as lacunas da lei, e quando omissa, em acrescentar-lhe regras jurídicas novas. [Marcel Nast, *La fonction de la jurisprudence dans la vie juridique française*, 1922, p. 4]”.²⁶¹

Em nosso sistema romano-germânico, a jurisprudência não é fonte primária do direito, o que equivale a dizer que esta não vincula, em regra, nem os magistrados, nem os administradores públicos. As fontes primárias do direito (lei e costume) são, em nosso sistema, as geradoras de direito público subjetivo passível de ser exigível perante os poderes constituídos. Por isso até a Emenda Constitucional nº 45 e o Código de Processo Civil de 2015, se afirmava, tranquilamente, que somente a lei votada poderia criar, modificar ou extinguir direitos ou obrigações. Tal afirmação já não é mais tão tranquila assim.

Ocorre que a jurisprudência dos tribunais em geral (e em especial a do Supremo Tribunal Federal), paulatinamente, vem assumindo papel relevante na delimitação dos direitos estatuídos (como se se tivesse deferido aos magistrados, por vezes, um poder decisório “in abstracto et ultra legislatorem”). Isto já vinha ocorrendo e foi ampliado com a criação da Súmula Vinculante pela Emenda e da jurisprudência vinculante pelo novo Código.

Portanto, o fenômeno generalizador das súmulas ganhou ainda maior impacto com a adscrição de efeito vinculante. Estamos diante agora de comandos decisório-normativos, presumidas condensações de precedentes, que podem até produzir ou regulamentar “ex novo” certos direitos.

Juristas de larga experiência anteciparam a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal acabar optando por vincular as instâncias que lhe antecedem na

análise dos casos concretos (fugindo aqui de utilizar locução “instâncias inferiores”). Sérgio Sérulo da Cunha, no livro “Recurso Extraordinário e Recurso Especial”, posterior à Emenda 45, assinalou que o tema iria migrar do direito processual para a ciência política:

“A importância dessa mudança, ocorrida no papel institucional da Corte Suprema, transcende a lógica jurídica e o direito processual, alterando radicalmente o equilíbrio dos poderes, e passa a reclamar também a atenção dos cientistas políticos.

(...)

“O comportamento da Suprema Corte revela o que podemos designar como ‘lei da incontinência do arbítrio’. Assim como o sistema normativo da ditadura – que se buscou legitimar com o ‘ato institucional’ – veio a recair no casuísmo, o STF, tendo abandonado a Constituição como norte de sua atividade, já não encontra freio na lei e sequer em seu regimento interno.”²⁶²

É interessante a remissão ao regimento da própria Corte, pois representa uma expectativa de que o Tribunal respeite, ao menos, as regras que se auto-impôs. Isto ao exemplo do que fazia o Pretor que, investido da Magistratura, promulgava um édito anual²⁶³, ou o general romano que cumpria suas próprias ordens até o limite do que seria um absurdo para o senso comum (“tu patere legem quam is fecisti”)²⁶⁴.

O tema pode tornar-se mais grave se o Tribunal, de modo automático, passar a reproduzir decisões sobre decisões, desconectadas das normas, para de modo auto-referente – autofágico até – chegar a conclusões cruzadas que se

²⁶¹ Cf. Castro Nunes, “Teoria e Prática do Poder Judiciário”, Edição Revista Forense, pp. 645/646, itálicos do original, nota de rodapé nos colchetes.

²⁶² Cf. Sérgio Sérulo da Cunha, em “Recurso Extraordinário e Recurso Especial, no prefácio da 2ª edição de 2012.

²⁶³ Ensina José Reinaldo de Lima Lopes: “O edito do pretor era anual, durava com a sua magistratura, como todos os editos de magistrados temporários. Não era um código (sistemático exaustivo). Era uma proclamação verbal da tribuna, sua redução a escrito sendo simples memória (um *aide memoire*). Sua observância pelo pretor era questão de boa vontade: o bom pretor respeitava, o mau não o respeitava. Desde 67 a.C., pela *Lex Cornelia*, o pretor ficou obrigado pelo seu próprio edito, isto é, as partes poderiam invocar o edito como se fora lei diante do pretor. Se no curso do ano precisasse mudar alguma coisa, fazia outra proclamação, chamada *edito repentino*.” Em “O direito na História – lições introdutórias”, Max Limonad, 2000, p. 52.

²⁶⁴ Referimos a ordem do general Manlius Torquato, que mandou executar o próprio filho por descumprimento de uma ordem sua. Trataremos do tema mais adiante.

confirmem, umas às outras, de modo autônomo e sem fundamentação efetiva. A crítica está lançada em decisão judicial da lavra do Ministro Enrique Ricardo Lewandowski, e foi registrada por Lenio Luiz Streck na 6ª edição (2017) da obra “O que é isto – decido conforme minha consciência”²⁶⁵.

Em nossa visão, é imperioso discutir os limites normativizantes “pro futuro” da produção e os impactos das Súmulas Vinculantes, a partir de uma visão processual-constitucional do fenômeno. Se as atividades de produzir legislação e jurisdição passam a se confundir, em alguma medida, sua caracterização precisa ser requalificada na compreensão do novo estado Jurislador. Até porque, na origem, há *“uma diferença de princípio entre legislação e jurisdição (Dworkin). O ‘dizer em concreto’ significa a não submissão dos destinatários – os cidadãos – a conceitos abstratizados. A Suprema Corte não legisla (muito embora as súmulas vinculantes, por exemplo, tenham adquirido explícito caráter normativo em terrae brasilis)”* (Lenio Streck).²⁶⁶

Claro que há muitos processualistas, como José Rogério Cruz e Tucci, que entendem que o tema do impacto dos precedentes vinculantes não modificou a natureza da decisão judicial, pois seguimos determinando *ao juiz que não seja um escravo do passado, nem déspota do futuro*. Cruz e Tucci tem uma visão crítica sobre as lições de Arthur Lehman Goodhart, nova-iorquino que se tornou professor

²⁶⁵ Cf. Lenio Luiz Streck, editora Livraria do Advogado Editora, pp. 31/32. Transcrevemos:

“Veja-se, nesse sentido, acórdão da mais alta Corte do País – e o aspecto simbólico que dela decorre – em que, por uma de suas Turmas, por maioria de votos, o Tribunal indeferiu *habeas corpus* [HC nº 93.157, de 23.09.2008] em que se alegava falta de demonstração da urgência na produção antecipada de prova testemunhal de acusação, decretada nos termos do art. 366 do Código de Processo Penal, ante a revelia do paciente/réu. O Supremo Tribunal deixou assentado que a determinação de produção antecipada de prova está ao alvedrio do juiz, que pode ordenar a sua realização se considerar existentes condições urgentes para que isso ocorra.

“Observe-se, nesse julgado, *a imbricação entre o sistema inquisitório e a filosofia da consciência* (questão paradigmática, pois): a determinação de produção antecipada de prova fica a critério (discricionariedade, livre apreciação, para dizer o menos) do juiz. O Min. Lewandowski votou vencido, concedendo a ordem, porque vislumbrou ofensa ao dever de fundamentar as decisões judiciais e às garantias do contraditório e da ampla defesa, uma vez que a decisão que determinou a produção de prova esteve ‘fundamentada’ tão somente no fato de o paciente não ter sido localizado (nas palavras do Ministro, ‘a decisão fora determinada de modo automático’).

“Apenas o voto de Lewandowski mostrou-se acertado, vez que fundado no sistema acusatório. Os votos vencedores apenas fortalecem o protagonismo judicial, apostando na ‘boa escolha’ – discricionária – do magistrado.”

²⁶⁶ Em “Mut(il)ação Constitucional: de como os ativismos obscurecem o debate acerca dos limites da jurisdição”, na obra coletiva “Crise dos Poderes da República”, RT, 2017, p. 211.

da Universidade de Cambridge na Inglaterra²⁶⁷.

A partir disso, com o que concordamos, o ponto central deixa de ser saber se houve uma guinada de nosso sistema para o “common law”, mas sim entender como são tratados os precedentes no sistema insular como meio de prever o que pode ocorrer no sistema brasileiro. O sistema segue o mesmo do ponto de vista da natureza do que seria um precedente, mas amplia-se nosso interesse pelo “common law”, pois seus usos e métodos não podem ser transplantados de modo irrefletido para o sistema brasileiro de precedentes.

Para os ingleses, os precedentes engessam a realidade de modo saudável, pois a estabilidade decorre da tradição. Já no Brasil há o risco de a força expansiva das decisões judiciais configurar um estímulo para os descuidos que já existem para com a autocontenção. Depositar a esperança em melhorias na “self restraint” do sujeito que julga é inconciliável com a segurança coletiva que todo sistema judicial deve proporcionar.

Os juízes ingleses estão dispostos a rever posições do passado quando a evolução venha em benefício da segurança e da maior estabilidade social “*pro futuro*”. Nenhum juiz do sistema do “common law” acredita que pode utilizar suas decisões para constranger a sociedade a se conformar à sua própria visão de mundo. Infelizmente, em nosso sistema brasileiro de precedentes haverá, sim, muitos juízes capazes de tentar reformatar o futuro com sua caneta pessoal.

As recentes alterações no sistema constitucional e de direito processual brasileiro ampliaram a força endoprocessual, extraprocessual e “panprocessual”²⁶⁸ das súmulas persuasivas e das súmulas vinculantes, maiormente após a Emenda Constitucional nº 45. Segundo Rodolfo de Camargo Mancuso²⁶⁹, de um ponto de vista processual, estamos diante de um novo sistema que outorga ao Judiciário o

²⁶⁷ Afirma José Rogério Cruz e Tucci: “É evidente que aquela anterior postura, de intransigente rigidez, colocava a magistratura inglesa em difícil situação diante da evolução natural do direito. Revela-se, portanto, de todo procedente a afirmação que se tornou famosa, formulada na primeira metade do século XX, no sentido de que: ‘o juiz inglês é um escravo do passado e um déspota do futuro’”. Em “Precedente Judicial como Fonte do Direito”, Editora RT, 2004, pp. 159/160.

²⁶⁸ Vocábulo construído pelo prefixo grego “pan, pant, panto”, que significa “todo, inteiro”. O ideal seria falar-se em pantoprocessual ou pamprossesual (adptando o prefixo às regras de concordância em português), mas preferimos manter a forma tal qual é mais utilizada pelos processualistas.

poder de expedir decisões-quadro com eficácia “panprocessual”. Aquilo que Getúlio tentou fazer com as leis-quadro (acima tratadas), pode, sim, acabar sendo promovido com as decisões-quadro.

Originalmente não era assim, pois nosso sistema constitucional sempre foi o de garantir que apenas a lei poderia criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações (art. 5, inc. II, CF). Ainda segundo Mancuso: “em boa medida compreende-se esse contexto normativo, porque, sendo o Brasil um país de perfil jurídico-político *legicêntrico*, buscou o legislador prestigiar o princípio da legalidade estrita ou, se se quiser, da adstrição do juiz à lei.”²⁷⁰

Ocorre que a jurisprudência passou a poder ocupar parcela desta função legicêntrica, sem que tenha havido um amplo debate com a sociedade, ou mesmo preparação do quadro nacional de Magistrados para a nova função. Afirma Mancuso:

“Até o presente não se atingiu, na experiência brasileira, um manejo seguro e eficiente do direito pretoriano (jurisprudência dominante e sumulada), por vários fatores, que vão desde a nossa filiação à família romano-germânica dos direitos codicísticos, passando pela resistência à alteração das tradicionais regras de julgamento, até a instabilidade dos entendimentos ao interno dos Tribunais (dita ‘dispersão jurisprudencial excessiva’).”²⁷¹

Mesmo com importantes autores alegando que não havia preparo do nosso quadro geral de magistrados, a Constituição da República foi alterada, em 2004, ampliando a força vinculante, que já se havia lançado por emenda em 1993. Vejamos o texto da CF após a EC 45 com o novo art. 103-A e seus parágrafos:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, **de ofício** ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, **após reiteradas decisões** sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal,

²⁶⁹ Rodolfo de Camargo Mancuso, “Sistema Brasileiro de Precedentes”, Revista dos Tribunais – Thomson Reuters, 2016, p. 597.

²⁷⁰ Cf. “Sistema Brasileiro de Precedentes”, RT – Thomson Reuters, 2016, p. 590.

²⁷¹ Rodolfo de Camargo Mancuso, “Sistema Brasileiro de Precedentes”, Revista dos Tribunais – Thomson Reuters, 2016, p. 604.

estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 1º A súmula **terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas**, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública **que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica**. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, **revisão ou cancelamento de súmula** poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, **cabará reclamação ao Supremo Tribunal Federal** que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)²⁷²

Com base no supracitado art. 103-A, o Supremo Tribunal Federal pode agora, em nossa visão:

- (a) de ofício até (sem provocação), aprovar súmulas vinculantes;
- (b) mas sempre após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, que são filtradas pelo livre-convencimento dos juízes, não necessariamente por uma sistemática de julgamentos colegiados;
- (c) visando a interpretação e eficácia de normas preexistentes, como meio de ampliar sempre o Estatuto dos Direitos Fundamentais;
- (d) para fins de evitar insegurança social decorrente da multiplicação de processos, e assim promover-se a celeridade processual;
- (e) ficando restrita a revisão ou pedido de cancelamento das súmulas vinculantes aos legitimados para ADI; e, por fim,

²⁷² No corpo da EC nº 45 há ainda outro dispositivo que não se incorpora ao texto da Constituição da República, e que trata da conversão das súmulas gerais persuasivas em súmulas vinculantes: “Art. 8º As atuais súmulas do Supremo Tribunal Federal somente produzirão efeito vinculante após sua confirmação por dois terços de seus integrantes e publicação na imprensa oficial.”

(f) restando aberta a via da reclamação direta ao STF contra todos os que contrariarem o conteúdo específico de alguma súmula vinculante²⁷³.

As súmulas vinculantes são o ápice da produção de conteúdo de caráter potencialmente normativo pelo Judiciário. São o exemplo máximo de instrumento apoiado em processo constitucional objetivo. Claro que existem súmulas vinculantes que não desbordam do ordinário da atividade judiciária (prova disso é que muitas das anteriores súmulas persuasivas estão sendo convertidas em súmulas vinculantes apenas por questão organizacional, visando celeridade e economia processual). Tal situação serve de fundamento para a posição, muito respeitável, de alguns processualistas no sentido de que não existe um processo de “commonlização” do direito brasileiro, mas sim mera ampliação e reorganização do modelo do “stare decisis” à brasileira, que sempre existiu, desde a criação das súmulas em 1963.

As súmulas podem sim ser produzidas sem provocação, mas o normal é que sejam tiradas de algum processo, que concretamente debata fatos reais e situações jurídicas subjetivas passíveis de generalização. A reforma do sistema processual em 2015, por exemplo, incorporou, no Código de Processo Civil brasileiro, uma sistemática que já vinha em curso por meio de jurisprudência defensiva e cláusulas-torniquete de conhecimento de recursos extraordinários.

Jurisprudência defensiva é o nome que se atribui às decisões dos tribunais que limitam acesso aos recursos, negando-lhes conhecimento²⁷⁴. Cláusulas-torniquete são as que estrangulam o acesso via requisitos extrínsecos de admissibilidade que não estão nas mãos das partes²⁷⁵. Isto é útil, na visão pessoal de alguns magistrados, para desafogar as Cortes Superiores, que podem manter-se concentradas, sem a necessidade de ampliação do número de cargos

²⁷³ O novo Código de Processo Civil de 2015, já alterado pela Lei Federal nº 13.256, de 2016, pelos incisos III e IV do art. 988 amplia as tipologias originais do art. 13 da Lei nº 8.038, passando a permitir reclamação para fazer valer a autoridade dos precedentes em geral, maiormente quando possuam força vinculante, decorrentes de súmulas, controle concentrado ou incidentes de demandas repetitivas.

²⁷⁴ Como, por exemplo, exigir a juntada de comprovantes que são de domínio público tal qual os dias de feriados nacionais.

de juízes.

Ademais disso, recentes mudanças fecharam o amplo acesso ao recurso extraordinário para aquelas causas subjetivas em que dois terços dos ministros entendam não haver repercussão geral sobre outros processos. Se a parte conseguir ultrapassar todas as fases de exigências formais, ainda corre o risco de não ter seu caso analisado pela Suprema Corte, por se entender que não irá ter repercussão sobre os demais casos.

O mecanismo de repercussão geral veio com a mesma Emenda Constitucional nº 45, que estabeleceu a vinculação como regra, no sistema judicante brasileiro. Está no art. 102, §3º, da Constituição o requisito da repercussão geral, que foi regulamentado no ano seguinte pela Lei Federal nº 11.418/2006, e depois encampado pelo Código de Processo Civil de 2015 e já modificado pela Lei Federal nº 13.256/16.

Também visando a celeridade e a homogeneização (função nomofilática) foram estabelecidas medidas de suspensão e reunião conjunta do mérito central de casos repetitivos, para fins de se evitarem decisões conflitantes. Se bem utilizadas, todas essas medidas se prestam a ampliar o acesso à Justiça. Se mal aplicadas, servem para diminuir o trabalho dos juízes e deixar mais insatisfeita a população.

De um modo geral, ampliou-se, pela Emenda nº 45, e legislação regulamentar subsequente, aquilo que se convencionou denominar eficácia expansiva das decisões judiciais das Cortes Superiores. Não sem razão, há quem defenda que o direito brasileiro migrou, em essência, para a racionalidade procedimental do “common law”. Necessário, a partir daí, verificar, à luz do conceito de soberania e de separação de poderes, o quanto de tal afirmação é verdadeiro.

É claro que o sistema de precedentes já existia. O sistema de súmulas, quando criado, não deixou de chamar a atenção de certos juristas de visão ampla e prospectiva, como, por exemplo, de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, conforme adiante se verá. O Estado Jurislador é o rótulo que estamos propondo para

²⁷⁵ Como, por exemplo, exigir o prequestionamento de temas que os tribunais de acesso não promovem e se negam a fazer mesmo após reiterados embargos.

descrever este momento da ampliação da eficácia expansiva da jurisprudência.

As alterações no corpo da Constituição e da Legislação Processual servem de fundamento para nossa posição. Isto não significa que a dita *commonlização* do direito brasileiro seja condição “sine qua non” para a comprovação do desequilíbrio da tripartição de poderes no Brasil. Significa apenas que o sistema prudencial brasileiro já percebeu a força que lhe foi instilada, e não dará um passo no sentido da auto-contenção sem a atuação do próprio sistema de controles recíprocos interno do Poder Judiciário. Vale a pena entender um pouco mais o sistema do “Common Law”.

CAPÍTULO 6. O JULGADOR E AS TRADIÇÕES JURÍDICAS

É certo que, no vácuo de inoperância do legislador e de um executivo hipertrofiado, o Judiciário passa a se ver forçado a assumir o estabelecimento de pautas de condutas protetivas de direitos fundamentais.

Parte importante da relação entre poder e direito passa a ser coordenada pelos juízes, que muitas vezes impõem a sua vontade pessoal como mote de decidir. Imagine-se, por exemplo, um debate amplo sobre o sistema escolar brasileiro; sobre o que pode e o que não pode ser ensinado para as crianças (temas ligados à ideologia, gênero, raça, conjuntura ou realidade política). Partamos agora do pressuposto de que o Congresso fez o seu trabalho corretamente e que votou uma ampla reforma em algum tema polêmico, após ouvir especialistas e a sociedade civil.

Alguém duvida de que haverá ações na justiça e de que Magistrados irão produzir decisões comentando os pressupostos políticos da reforma? E que haverá decisões paralisando o novo sistema, nas quais os juízes farão valer a sua visão de mundo (e assim a vontade de deputados e senadores vencidos no processo político poderá prevalecer judicialmente). Claro que alguns juízes agirão de modo neutro, negaceando a possibilidade de interferir no mérito legislativo, ainda que possam considerá-lo odioso. Mas basta que alguns utilizem seus próprios preconceitos para paralisar a decisão congressional, e nada mais andará adiante no tema.

Em um sistema prudencial como o inglês, acontecimentos deste jaez são praticamente impossíveis. E se são, em tese, possíveis, jamais ocorreriam sem um amplo debate sobre os limites da atuação judicial. Dois professores, das universidades da Califórnia (EUA) e Oxford (GB), Martin Shapiro e Alec Stone Sweet, promoveram estudo sobre “Lei, Política e Judicialização”. Discutem eles a profundidade e os limites da política jurisprudencial em meio ao realismo judicial, o que propõem seja tratado sob a rubrica behaviorismo jurídico. A preocupação centra-se no comportamento dos juízes que agem como atores políticos, pois o

poder judicial realiza-se por escolhas pessoais, as quais são atos de poder que nos obrigam a rever o dogma da independência legal racional. A preocupação dos autores aloca-se na função preditiva, pois assumem que é possível uma atuação política do Judiciário e tentam parametrizar os rumos que o sistema poderia tomar.²⁷⁶

No sistema do “common law” é a realidade que formata o direito, a partir da reiteração de decisões judiciais que filtram a tradição e os costumes, sem que se questione a justiça das decisões ou a regularidade do funcionamento do Estado de Direito inglês. E mesmo assim, tendo por base uma severa métrica dos fatos, os juristas deste sistema seguem preocupados com potenciais abusos. Daí nossa visão de que olhar para o sistema do “common law” pode nos trazer muitos ensinamentos, independentemente de considerarmos haver ou não importação do sistema de precedentes tipicamente inglês (ou norte-americano, se se preferir).

No sistema brasileiro atual, maiormente após a Emenda Constitucional nº 45 e do novo Código de Processo Civil de 2015, cada vez mais o Judiciário se aproxima do sistema anglo-saxão, sem que se tenha reaberto o debate sobre a filtragem da tradição jurídica ou da possibilidade de releitura contencuística dos textos das normas votadas, como uma verdadeira revolução cultural na justiça brasileira. Segundo Enrique Ricardo Lewandowski isso se deve a “uma mudança de cultura do Poder Judiciário como um todo. O Poder Judiciário navega na cultura do pós-positivismo, uma cultura em que o direito se aproxima cada vez mais da ética.”²⁷⁷

Surge um conflito inevitável entre “realismo jurídico” (o método utilizado no sistema dos países do “common law”) e o pós-positivismo já incorporado à cultura e ao discurso dos decididores brasileiros. Requalificar estes decididores é importante para a composição plural de um direito que precisa, mais do que nunca, ser definido colegiadamente pelas instituições.

²⁷⁶ Para um maior aprofundamento da ideia, ver Martin Shapiro e Alec Stone Sweet, em “On Law, Politics and Judicialization”, Oxford University Press, 2011, em especial nas pp. 20, 30 e 31.

²⁷⁷ Neste sentido, cf. Enrique Ricardo Lewandowski, em “O protagonismo do Poder Judiciário na era dos direitos”, publicado na Revista de Direito Administrativo v. 251 (maio/ agosto 2009), referente a palestra proferida na Escola de Direito da FGV em 29 de agosto de 2009, p. 81.

6.1. Diferentes tradições jurídicas

Entre os grandes sistemas de direito contemporâneo, sofremos no Brasil maiores impactos do sistema Romano-Germânico (continental, *civil-law*) do que do Sistema Anglo-Saxão (insular, *common law*). A verdade é que estamos imersos no sistema romano-germânico, e hoje pressionados fagocitariamente pelo Sistema do *common law*. A finalidade de tais mudanças seria ampliar o acesso à justiça pela celeridade na solução de litígios.

A mesma Emenda Constitucional nº 45, que criou as Súmulas Vinculantes, previu também a duração razoável do processo (direito constitucional inserido no inc. LXXVIII do art. 5º da CF). Esse direito fundamental já existia na Constituição de 1946, que assegurava o rápido andamento dos processos em todas as repartições públicas, no artigo que tratava dos direitos e garantias individuais (art. 141, §36, inc. I, CF46)²⁷⁸.

Uma distinção importante entre os dois sistemas é o uso dos métodos indutivo e dedutivo, prioritamente, a seu turno, pelos sistemas do *common law* (do particular para o geral) e do *civil law* (do geral para o particular).

A clássica divisão proposta por René David não mais explica o que ocorre no direito moderno “globalizado” (ainda que siga sendo um excelente ponto de partida para se estudar o tema). A ideia de René David foi partir do estudo das fontes formais do direito²⁷⁹, ao argumento de que se poderia compreender os sistemas a partir de seus elementos de decisão. Apoiou-se ele na estrutura das fontes formais do direito em cada sistema.

Ocorre que, modernamente, o “direito pensado” ultrapassa em

²⁷⁸ Não tendo sido repetido tal dispositivo nos textos constitucionais subsequentes, até a Emenda 45/2004, podemos entender que estava vigente em nosso sistema com estatura de lei nacional, pelo fenômeno da desconstitucionalização.

²⁷⁹ **Sources du droit.** – Portons maintenant notre attention sur les sources formelles du droit. Un rôle très différent est assigné dans les divers systèmes à la loi, à la coutume, à la jurisprudence, à la doctrine, à l'équité. Il faut, lorsque l'on étudie un droit étranger, savoir que les idées chez nous reçues, touchant les rapports qui existent entre ces différentes sources possibles des règles juridiques, ne sont pas en tous pays les mêmes, et que les méthodes de raisonnement, appliquées par les juristes pour la découverte des règles de droit et le développement du corps du droit, peuvent être en

importância o “direito votado”, e nada garante que as fontes formais do direito (lei ou jurisprudência) permitam antecipar com perfeição aquilo que se vai impor a uma sociedade em um dado tempo histórico. É o eterno tema da obsolescência das normas, que acompanha o direito desde os tempos imemoriais.

Modificou-se a visão tradicional na qual havia o Estado soberano que não admitia competidores; e exercia assim o “ius cogens” sobre seus súditos e o “ius imperii” sobre o território, fixando as normas legais em nome da vontade geral. Já o Estado Jurislador é um estado em constante disputa judicial de narrativas, e o papel da soberania é agasalhar as várias tendências e ideários nacionais, buscando soluções pluralistas preferencialmente por consenso.

Neste cenário, a filtragem judicial sobre o contexto das normas é um fator de atualização relevantíssimo, que deve ser bem utilizado para fins de impedir a obsolescência do ordenamento, sem o que haverá invasão da soberania por ordenamentos alienígenas.

Focaremos aqui na diferença entre “common law” e “civil law”, pois esta é a disceptação que nos importa como hipótese de raciocínio. É a partir de uma visão tradicional sobre as diferenças que iremos entender as semelhanças e aproximações que se estão formatando nas últimas décadas. Poderíamos tentar sumarizar as diferenças entre ambos, da forma proposta a seguir.

6.2. Dicotomia entre *Civil Law* e *Common Law*

No sistema continental, a configuração do direito se dá muito mais na normogênese do que na aplicação, *i.e.*, está mais na feitura da norma abstrata do que na aplicação concreta do direito ao caso. Por isso os ingleses dizem que os franceses produzem o Direito dos Códigos.

conséquence variées.”, em “Les grands systèmes de droit contemporains”, René David, Huitième édition, Dalloz, 1982, pp. 15/16.

Já no sistema insular²⁸⁰, é no momento da aplicação que surge a força normativa dos comandos sociais, vertidos em pauta geral de conduta (pela aplicação reiterada de regras escritas ou de costumes ao longo dos anos). Daí a visão francesa de que os ingleses são extremamente pragmáticos, e de que estão mais preocupados em cumprir do que em debater as normas postas.

Dito de outro modo: no sistema do *civil law* as pautas de conduta decorrem da lei votada pelo Parlamento após amplo debate com a sociedade, organizada em Códigos ou em atos normativos esparsos. Já no sistema do *common law*, é a aplicação reiterada de comandos sociais, vertidos de modo escrito ou simplesmente constatados nos costumes pela jurisprudência, que torna exigíveis as pautas de conduta perante a Justiça.

Os dois sistemas visam uma só solução: estabelecer um método para constranger os súbditos que não se submetem voluntária e pacificamente ao direito. Informar-lhes o direito e, caso não atendam ao comando, forçar a que se amoldem às condutas que a sociedade considera juridicamente acertadas. Assim, por caminhos diferentes, produzem, cada qual à sua maneira, a expressão daquilo que Miguel Reale denominava *jurisfação*.

Afirma Reale: “Como penso ter demonstrado em *Pluralismo e Liberdade* (1962), há uma dialética essencial entre direito e poder, de tal modo que o poder se subordina ao direito no ato mesmo em que se decide por uma das soluções normativas possíveis, em função dos valores e fatos que condicionam a decisão mesma. É a essa correlação dialética que denomino *jurisfação do poder*”²⁸¹.

Os vários modelos e sistemas jurídicos, de vários países, passam no século XX a se comunicar diretamente. Isto é uma realidade visível na Europa, que após a segunda guerra mundial inicia uma grande concertação política para eliminar soluções de força autoritárias. Altera-se o conceito de uma soberania estatal absoluta em favor de consensos plurais, autoafirmando-se a prevalência de Constituições Abertas.

²⁸⁰ A expressão insular se refere ao fato de o berço do “common law” ter sido a grande ilha da Grã-Bretanha. Mas é claro que hoje seu impacto assume espaços continentais de incidência, como nos Estados Unidos da América.

²⁸¹ Em “Teoria do Direito e do Estado”, 5ª ed., 5ª tiragem 2013, Ed. Saraiva, p. 84.

É assim que buscam os Europeus “*uma convivência ‘dúctil’, construída sobre o pluralismo e as interdependências e inimiga de qualquer ideal de imposição pela força*”, afirma Gustavo Zagrebelsky em “O direito dúctil”.²⁸² Neste novo direito constitucional compromissório não existe renúncia de jurisdição, mas sim aprimoramento das conexões entre cidadãos e gestores, em contraposição a súditos e suseranos. Amplia-se o pluralismo e as chances de consenso. Conforme já dissemos acima, com apoio nas lições de Habermas e Streck, a função do Judiciário é “zelar pela garantia de que a cidadania disponha de meios para estabelecer um entendimento sobre a natureza dos seus problemas e a forma de sua solução”.²⁸³

A meta da construção constitucional europeia, por exemplo, é a construção da paz social do povos em uma convivência coletiva organizada, buscando consensos entre as várias nações envolvidas. Vejamos a lição de Celso Lafer sobre o ponto:

“A política do direito, cuja denominação tradicional no âmbito do saber jurídico é teoria da legislação, é um campo compartilhado com o saber político, pois as distintas propostas de políticas públicas – para usar um termo atual – são valorações de propostas normativas, de diretrizes sobre o como lidar com a convivência coletiva. No processo legislativo, que é o instrumento de ação por excelência da política do direito, essas propostas são conflitivas. Por isso, para adquirir a força específica da norma jurídica, requerem a interferência decisória do poder, que é assim um dos momentos culminantes da ação política no exercício hierárquico de um ato de gestão. Se é certo que há sempre na ‘política’ algo que não se reduz ao ‘jurídico’ – e por isso o poder não é redutível a uma categoria jurídica pura –, não é menos verdade, lembra Reale nesse contexto, que a institucionalização do poder leva à sua ‘jurisfação’”.²⁸⁴

Disso poderíamos concluir que Lafer certamente endossa essa construção coletiva dos direitos fundamentais, aprimorada diariamente pelos

²⁸² Cf. Gustavo Zagrebelsky, na obra “Il diritto mite, legge, diritti, giustizia”, traduzida para o espanhol por Marina Gascón, 10.ed., 2011, p. 15.

²⁸³ Lenio Luiz Streck, em “Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas”, Editora Saraiva, 2012, p. 85.

²⁸⁴ cf. Celso Lafer, na REVISTA USP, São Paulo, n.70, p. 110-119, junho/agosto 2006, em especial na p. 114.

organismos da Europa. Até porque sua visão sobre poder, segue as lições de Hannah Arendt. Afirma Celso Lafer: “Poder, para ela, é aptidão humana para agir em conjunto, daí advindo a importância decisiva do direito de associação para uma comunidade política, pois é a associação que gera o poder de que se valem os governantes.”²⁸⁵ E da mesma forma, pensamos nós, o Estado Jurislador precisa se valer dos consensos e do pluralismo, na solução dos conflitos, para aumentar a legitimidade das decisões jurisprudenciais no Brasil.

No sistema do “civil law” debatemos, até a exaustão, as pautas normativas e, várias vezes, pouco as cumprimos. No sistema do “common law” o engessamento das posturas sociais se dá na dificuldade de mudança de algo que não está propriamente inscrito, mas sim incorporado. E se está incorporado, irá ser cumprido.²⁸⁶

Mas é claro que o tradicional sistema insular tem evoluído. No sistema do *Common Law*, desde o século XIX, vem ocorrendo a produção de Códigos (*Statutes, Acts, Rules, etc*), que têm servido para sumarizar e regular o que a jurisprudência define como direito oponível contra os demais membros da coletividade (a partir da realidade jurídica local). A este fenômeno se deu o nome de *Staturification*.²⁸⁷

O “modus operandi” de generalizar os precedentes na Inglaterra ocorre, tematicamente, via a “law comissão” (regida hoje pelo Law Commissions Act de 1965). É nomeado um notável da sociedade que recebe sugestão em temas determinados, que são levados a debate pelo poder Legislativo e, depois, transformados em atos votados.

²⁸⁵ Cf. Celso Lafer, em “A reconstrução histórica dos direitos humanos – Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt”, Companhia das Letras, 1991, p. 25.

²⁸⁶ E talvez esteja aí o motivo de fundo que levou à saída do Reino Unido do bloco europeu: os ingleses sempre foram os que menos concordaram com as normas e imposições europeias, mas desde que aderiram a elas atuaram como fiéis cumpridores de tudo o que era acordado (ao passo que os demais países, por vezes, deixavam a desejar no rigor e no respeito às decisões coletivas).

²⁸⁷ Vale aqui a lição de Lenio Luiz Streck e Georges Abboud: “Convém ressaltar que não é correto apresentar o *common law* tão somente como um direito não codificado de base tipicamente jurisprudencial. Em verdade, boa parte das regras de direito que se aplicam todos os dias na Inglaterra e nos Estados Unidos são regras sancionadas pelo Legislativo ou pelo Executivo. Inclusive, nos Estados Unidos, chega-se a falar de um fenômeno designado pelo neologismo de *staturification* do direito, em alusão ao termo *statute*, que significa lei em sentido formal.” Em “O que

Isto casa com a posição segundo a qual os ingleses são os verdadeiros herdeiros do direito prudencial romano, pois o magistrado do Reino Unido é o que mais se assemelha ao Pretor. Segundo Carlos Maximiliano: “*Revivescência moderna, embora não uma simples imitação, do Pretor da antiga Roma, é o juiz da Inglaterra. A Grã-Bretanha possui a melhor magistratura do mundo*”.²⁸⁸ Já o sistema continental seria justinianeu e não romano, pois a prudência foi organizada em um “corpus” legislativo. Daí utilizarmos sempre a expressão romano-germânico para contemporizar a origem romana do nosso direito, com a sistematização de glosadores e pós-glosadores da escola alemã, do chamado “direito romano atual”.

Entre nós, de outro lado, tem havido um movimento de *commonlização* do direito brasileiro. Isto porque a sistemática jurisprudencial americana e os modelos de gestão administrativa em geral têm sido buscados nas soluções pragmáticas utilizadas no norte do continente americano. É célebre a diretiva de Woodrow Wilson, pela qual pretendia *dar aos órgãos públicos a celeridade e eficiência da empresa privada*, tratando a administração pública e o binômio *regulação-gestão* como sendo o causador do engessamento da máquina pública. É a ideia de jogar o direito para a definição pragmática da realidade.

Deixando as críticas para um segundo momento, a verdade inelutável é que temos que admitir que no sistema do *common law* foi estabelecido um procedimento sério para fins de extração do comando normativo central, pela delimitação da *ratio decidendi* de cada sentença ou acórdão judicial. Desde os fatos originários até o comando judicial definitivo, vai um sério caminho no direito inglês.

Em ambos os sistemas se parte do voluntarismo coletivo e da autonomia da vontade. No sistema inglês a palavra-dada vale muito, e é assim prestigiada pela justiça. No sistema romano-germânico, não poucas vezes, as partes assinam acordos contratuais e em seguida questionam o seu conteúdo na justiça. Alegam hipossuficiência, desconhecimento ou vícios na vontade de constituição da relação jurídica. Tudo isto para dizer que a regra segundo a qual o “direito nasce dos fatos”

é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?”, 2ª edição, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2014.

²⁸⁸ Cf. “Hermenêutica e Aplicação do Direito”, Quarta edição, 1947, Livraria Editora Freitas Bastos, São Paulo, p. 89.

(*ex facto oritur ius*), e de que partimos dos fatos para caminhar até o precedente, é uma máxima a ser respeitada em qualquer sistema. É necessário ter como pressuposto da relação jurídica a compreensão dos envolvidos sobre o seu conteúdo. O baixo entendimento cultural dos brasileiros sobre os próprios direitos é, sim, um entrave para a busca de consensos institucionais.

Isto assim é, pois não existe resolução de problemas concretos em abstrato por antecipação (pior ainda quando, certas vezes, sequer se comprovou existir o substrato de fato sobre o qual vai se assentar a decisão). Ou seja, quando uma nova decisão se apoia em decisão prudencial anterior, não há como fazer paralelo entre ambas sem uma perfeita comparação entre os fatos que subjazem a ambas as decisões.

O juiz não pode decidir quais fatos pinçar, mas simplesmente deve reconhecer o que ocorreu na realidade. A prova é produzida nos autos, sob o crivo do contraditório e com paridade de armas entre as partes (“*Waffengleichheit*”), porque ela pertence ao processo (e não ao juiz ou às partes). E isto assim ocorre porque a prova produzida poderá na grande maioria dos processos restar imutável (pelo princípio da imediatidade) ao longo das várias instâncias pelas quais o processo irá tramitar.

O sistema de precedentes no Brasil, todavia, tem ido além e servido para transferir parcela considerável de atuação legislativa para o Judiciário. A norma passa a ser lida como um pretexto para uma decisão final que pode reconhecer como presentes ou não os fatos que serviriam para aplicar a norma em um ou outro sentido (por vezes diametralmente oposto). O exercício da jurisdição no Brasil tem ido além da eliminação da “legisdição”, para usar o mesmo neologismo criado por Zagrebelsky.²⁸⁹

Isto porque os magistrados brasileiros, entre o fato e o direito, preferem a neutralidade dos comandos normativos a ter que produzir provas que solucionem o caso concreto. E mais: quando analisam os fatos, o fazem colocando o peso ora em

²⁸⁹ Gustavo Zagrebelsky, na obra “*Il diritto mite, legge, diritti, giustizia*”, traduzida para o espanhol por Marina Gascón, 10.ed., 2011, p. 149, defende que devemos buscar “una nueva definición de las competencias judiciales que elimine de la jurisdicción todo lo que es sólo ‘legisdicción’, y no propiamente ‘jurisdicción’”.

um aspecto, ora em outro. Talvez porque a Constituição consagra que todos são iguais perante a lei, mas não que todos são iguais perante a jurisprudência.

Com tal forma de atuação, por vezes pode acabar sendo produzida uma decisão que, a um só tempo, ou (a) é desconectada da realidade dos fatos que não são os previstos na lei ou que (b) aplica interpretação concreta de uma norma abstrata totalmente desconectada do âmbito de validade fática pretendido pelo legislador. Ou, pior ainda, uma decisão que (c) constrói conteúdo decisório falsamente apoiado em norma legal, criando “ex novo” o direito para o caso concreto (e não apenas em sede de colmatação de lacunas, como compreendia Kelsen e autoriza nossa LICC). As três situações equivalem às hipóteses de anulabilidade, nulidade, e inexistência da Teoria Geral do Direito.

Tais hipóteses podem bulir ou não na separação de poderes a partir das diferentes concepções de direito, de poder e de interpretação. A depender da conceituação que se aplique aos entes produtores primários de direito, iremos recortar uma ou outra solução. Neste sentido alerta Robert Alexy no seu livro “O conceito e a validade do direito” no tópico em que trata da “criação judicial do direito”:

“Existe um caso duvidoso quando a lei que se deve aplicar é imprecisa e as regras de metodologia jurídica não conduzem necessariamente a um único resultado. Quem identifique o direito com a lei escrita, quer dizer, quem defenda a tese do positivismo jurídico, deve admitir que nos casos duvidosos a decisão está determinada por fatores extrajurídicos. Totalmente distinta é a compreensão do não-positivista. Como não identifica o direito com a lei, para ele a decisão pode estar determinada também pelo direito quando a lei não a estabelece obrigatoriamente. Por certo, as diferentes concepções acerca do que seja direito podem, mas não têm que, conduzir a resultados diferentes” (tradução livre).²⁹⁰

Na pragmática judicial diária, nada impede que um mesmo juiz ou

²⁹⁰ Editado por Gedisa Editorial, p. 19. Do texto em espanhol: “Existe un caso dudoso cuando la ley que hay que aplicar es imprecisa y las reglas de la metodología jurídica no conducen necesariamente a un único resultado. Quien identifique el derecho con la ley escrita, es decir, defienda la tesis del positivismo jurídico, tiene que decir que en los casos dudosos la decisión está determinada por factores extrajurídicos. Totalmente distinta es la comprensión del no positivista. Como no identifica el derecho con la ley, para él la decisión puede estar determinada también por el derecho cuando la ley no la establece obligatoriamente. Por cierto, las diferentes concepciones acerca de qué es derecho pueden, pero no tienen que, conducir a resultados diferentes.”

tribunal atue de maneira diferenciada a partir de quem seja o réu ou o autor de cada processo. Neste aspecto, a prática do foro judicial no dia-a-dia do Judiciário demonstra que existem duas grandes inverdades repetidas à exaustão: “o que não está nos autos não está no mundo” (para significar que não serão levadas em consideração informações ouvidas fora do processo judicial) e que “processo judicial não tem capa” (modo vulgar utilizado para dizer que o nome do autor ou o do réu pouco importam para o deslinde do tema de fundo).

Nada disso é cem por cento verdadeiro, pois muitas vezes em que um julgamento está em curso o nome do autor e do réu podem ser relevantíssimos, sendo ainda tomadas em consideração informações não vertidas pelas partes nas páginas do processo. No sistema brasileiro de linhagem romano-germânica a afetação e a dosimetria da norma variam conforme o destinatário. No sistema prudencial inglês, em razão até de sua maior homogeneidade populacional, existe uma maior tendência de aplicação simétrica de precedentes e “statutes”.

Pretender isonomia na produção da norma em tese (norma-votada), mas não exigir os mesmos padrões de aplicação isométrica da lei no momento da decisão do caso concreto (quando nasce a norma-adjudicada pela sentença) equivaleria a transformar o exercício da Jurisdição em um cheque em branco nas mãos do juiz, o que impediria o controle da *ratio decidendi*. Promovendo reflexão neste mesmo sentido, arremata Rodolfo de Camargo Mancuso:

“... caberiam ainda estas indagações: é apenas a lei – enquanto norma obrigatória, geral, abstrata e impessoal, emanada do Parlamento – que deve ser igual para todos (CF, art. 5º, *caput*), ou, numa visão mais abrangente e *holística* do Direito e da realidade brasileira, essa desejável isonomia haveria de se estender também à lei quando venha interpretada e aplicada judicialmente aos casos concretos? Em suma: é plausível que a isonomia aplique-se à *norma legislada*, mas não atue em face da *norma adjudicada*? É admissível ter-se uma dualidade no conteúdo axiológico da norma, por modo que ela seja igual para todos, enquanto abstratamente posta no ordenamento, mas torne-se variável e cambiante quando vem a ter seu *momento judiciário*?”²⁹¹

²⁹¹ Em “Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante”, 5ª edição, Thompson-Reuters-Revista dos Tribunais, 2012, p. 27.

Não por outra razão, depois de tudo o que estudamos e vivenciamos, temos a certeza de que nos países do “common law” os precedentes são levados a sério. A aplicação da jurisprudência estável ao novo caso concreto ocorre de maneira muito profunda no sistema inglês, em contraste com o mínguaço respeito à lei civil no sistema continental (sobretudo no Brasil, onde não é incomum o argumento de que “a lei não pegou”).

A julgar pelas diferenças entre os sistemas, o magistrado deveria ter uma liberdade muito maior no sistema insular, mas paradoxalmente os juízes do sistema prudencial não consideram que possuem poderes tão amplos e largos. A ideia de ultrapassar um precedente e ir para uma nova solução tem um peso institucional relevante (*overruling*), se comparada com a facilidade com a qual um magistrado brasileiro deixa de aplicar uma lei.

Entre nós afasta-se com facilidade o texto da norma ao argumento de que seria contrária a valores ou princípios constitucionais. O que pode ser mesmo pior se a norma for aplicada em sentido contrário ao estabelecido no texto legal. Basta lembrar todos os casos em que as Câmaras e Turmas julgadoras dos Tribunais deixam de aplicar normas legislativas sem falar em inconstitucionalidade, para assim afastar o princípio da reserva de plenário previsto no art. 97 da Constituição da República.²⁹²

A situação da prática judiciária brasileira torna-se agora ainda mais complexa com a abertura da possibilidade de a jurisprudência vinculante ter impacto direto em casos futuros, sem que ela tenha necessariamente que decorrer da reiteração de vários e vários casos similares. Aquilo que Zagrebelsky qualificou como *busca da razoabilidade de conjunto como tarefa da jurisprudência*²⁹³, corre o risco de se tornar fragmentariamente seletivo na jurisdição brasileira.

Em síntese: o *common law* e sua sistemática têm impactado no direito brasileiro de modo confuso, desconectado dos rigores do sistema insular original.

²⁹² CF/88: “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

²⁹³ Na obra “Il diritto mite, legge, diritti, giustizia”, traduzida para o espanhol por Marina Gascón, 10.ed., 2011, p. 148.

São muito discutíveis, portanto, a correção do *modus operandi* e a aplicação dos mecanismos do sistema insular entre nós. Neste estudo vamos analisar conceitos básicos relativos ao tema, a partir dos instrumentos da Teoria Geral do Direito e da Teoria Geral do Estado, para assim verificar se as cortes brasileiras estão afinadas com a sistemática jurisprudencial, e se esta atuação está perfeitamente delimitada pelos comandos de nossa Lei Maior.

A partir do diagnóstico de situação é que será possível propor algum tipo de mudança estrutural, com vistas a melhorar a realidade jurisdicional brasileira. Antes vamos analisar o que há de mais essencial no sistema insular.

6.3. *Stare decisis et quieta non movere*

Vejamos então um fundamento essencial do sistema do *common law*. Sua compreensão permitirá debater até que ponto é acertado o que se passa no sistema brasileiro. A abordagem aqui adotada irá tratar conceitualmente dos institutos, sem invadir temas de direito processual civil nem de hermenêutica jurídica. Tendo por base as demais áreas do direito público, iremos focar nossos raciocínios na Teoria Geral do Estado.

Antes disso devemos assinalar que concordamos com José Rogério Cruz e Tucci sobre existirem categorias fundamentais da jurisdição, seja no sistema do *common law*, seja no sistema do *civil law*. Afirma Cruz e Tucci que (a) o *dever de fundamentação*, (b) o *direito de apelar*, e (c) o *respeito aos precedentes* são categorias funcionais da aplicação da jurisdição que surgiram como meio de garantir ao rei (e não aos súditos) o poder de verificação “a posteriori” sobre terem sido respeitadas suas ordens. É apenas com o surgimento do Estado Democrático de Direito que tais categorias passam a ser lidas como garantias do jurisdicionado.

A máxima ***stare decisis et quieta non movere*** poderia ser traduzida (*rectius*: interpretada) pelo dever de “ficar aderido ao que se vem decidindo e de não modificar o que está parado”. Esta máxima reflete bem a essência de um sistema jurisprudencial, que tem como meta a busca pela estabilidade.

Quem aplica um sistema prudencial tem que ter por meta garantir que a norma adjudicada aos casos concretos seja aplicada de modo estável e sistemático. Sem isso haverá insegurança de quem trava relações jurídicas, pela incerteza da solução em um ou outro sentido, quando do surgimento de um conflito. É assim que o *common law* procura, pelo uso de precedentes mais estáveis, comunicar à sociedade que não haverá guinadas imprevistas ou abruptas.

O tema maior no direito insular é, portanto, a extração do conteúdo semântico mínimo de cada decisão, para que se encontre a sua essência. A interpretação é feita dos fatos para o julgado, com a preocupação de não dar ao texto da decisão adjudicada elasticidade que permita aplicar conteúdos imprecisos a casos judiciais discrepantes.

O que se busca é o elemento de conexão, o *binding element* que estará na *ratio decidendi* ou, em alguns casos, até nos *obiter dicta*. Denomina-se *obiter dictum* o *dito de passagem*, aquela afirmação não aderente ao conteúdo do julgado, mas que trata de algum tema jurídico paralelo, e que pode até ser aproveitada na compreensão do caso ou aplicada em casos futuros como mote principal de solução da lide.

A sabedoria do sistema prudencial, portanto, é encontrar um equilíbrio dúctil na distinção dos casos (*distinguishing*), para a fixação estrita das hipóteses em que é possível o sobrepasso de um caso antigo para uma nova compreensão jurisprudencial (*overruling*). Análises profundas em direito processual comparado estudam as diferenças entre categorias de criação e formatação de precedentes, para verificar o que exatamente do sistema prudencial inglês e do norte-americano serve e pode ser utilizado em nosso sistema jurídico.

O que não podemos deixar de ter em mente é o papel importantíssimo que se vai outorgar à pessoa do magistrado. A busca de uma razoabilidade de conjunto inicia, normalmente, pela apreciação de um só indivíduo em primeira instância, na maioria dos casos. Por isso, justamente, que Zagrebelsky conclui que “hoje, certamente, os juízes têm uma grande responsabilidade na vida do direito

que era desconhecida nos ordenamentos do Estado de direito legislativo”²⁹⁴.

Os magistrados, por sua visão de mundo, filtram com mais rapidez as necessidades de atualização da leitura das leis do passado vis-à-vis da necessidade de seu impacto para situações futuras. Isto não significa que a eles se tenha outorgado a mesma discricionariedade política que possuía o monarca ou o Legislador. Estes últimos tinham força superior (divina) e força inferior (popular) para fins de inaugurar o ordenamento de modo arbitrário.

O magistrado doravante ficará titulado ao papel de intervir judicialmente em uma democracia que se judicializa, pois caminhamos para uma “República Judiciária” (a expressão é de Martine Kaluszynski, na obra “A função política da Justiça”).²⁹⁵

E no Estado Jurislador brasileiro teremos que analisar até que ponto o magistrado exercitará sua condição subjetiva, para não descumprir o dever de manter *parado o que está parado*. Ou, pelo contrário, quando utilizará a mesma subjetividade para movimentar o direito em sentido paralelo ao das normas. Ou seja: até onde se poderá validamente evolucionar o Estado de Direito e o Estado Constitucional via jurisprudência, com vistas à ampliação da melhoria das condições de existência do povo brasileiro. A figura do magistrado passa a ter relevância política, pois, a depender de sua postura, poderá ser destruída a aura de neutralidade e a legitimidade institucional do Judiciário, e, assim, aniquilada no nascimento qualquer defesa do Estado Jurislador.

²⁹⁴ Na obra “Il diritto mite, legge, diritti, giustizia”, traduzida para o espanhol por Marina Gascón, 10.ed., 2011, p. 153.

²⁹⁵ Conclui Martine Kaluszynski, na introdução da obra coletiva por ela coordenada: « La démocratie se judiciaire donc, au terme d’une évolution pluriséculaire qui aura permis de montrer, par la structure des rapports de forces ambivalents et mouvants entre la justice et le politique, que le processus de co-construction à l’oeuvre de deux acteurs primordiaux de la régulation sociale ne peut échapper à des difficultés, des malentendus, et contribue de manière sous-jacente à la production du changement social. Ici la justice tend à apparaître comme un espace public neutre, où tout citoyen pourrait faire valoir ses droits et interpeller les gouvernants. ‘L’humilité nouvelle du politique’ dont parle Jacques Chevallier se caractérise par le développement du rôle des juges, du recours aux experts, de l’appel aux sages, de la mise en place d’instances de régulation indépendantes [Chevallier, 2002, p. 141]. L’évolution historique du rôle de la justice et de son émancipation du politique pose nécessairement la question de l’intervention judiciaire dans le problèmes politiques, passés et présents, et place l’historien au coeur d’un débat dont les enjeux concernent essentiellement le rôle effectif du pouvoir judiciaire dans sa capacité à réguler les troubles historiques dont le politiques est l’héritier, avec en face les attentes, les questions et les résonances d’une conscience collective qui forge l’identité nationale. » (p. 19).

O direito não pode mais fechar os olhos para a conexão entre a função técnica de árbitro-judicial e a função política do magistrado, que reparte ônus sociais a partir de uma visão de mundo axiológica e não simplesmente formalista. Isto nos obriga a uma releitura do conceito de independência do Judiciário²⁹⁶. Os magistrados passam a ser vistos não como quem age de modo imparcial em relação às partes, mas sim parcial em nome do Estado de Direito, ou de parcela dos sujeitos de direitos cuja tutela lhe ficou afeta. O discurso jurídico não decorre da “*aplicação unívoca de normas/leis gerais aos casos concretos*”, afirma Boaventura de Sousa Santos. E, prossegue ele, as decisões “*são antes o produto de aplicação gradual, provisória e sempre reversível dos topoi cuja carga normativa (extremamente vaga em abstrato) se vai especificando à medida que se envolve, pela argumentação, com a faticidade concreta da situação em análise*”.²⁹⁷

Eis aí a encruzilhada metodológica que a Teoria Geral do Direito e a Teoria Geral do Estado precisam enfrentar: como tornar mais politicamente plural a estrutura judiciária. Como agir sem arranhar o mito da neutralidade, que sobreviveu até hoje escondido atrás de uma atuação dita técnica, isenta e racional. No Estado Jurislador, a repartição de ônus e encargos sociais pelo Judiciário seguirá sendo promovida de modo técnico, mas embebida da realidade política de modo transparente e passível de fiscalização aberta pela sociedade – e não apenas pela recheagem interna de instâncias. Falar em pluralismo envolve pensar conseqüentemente na busca de consenso social.

A aplicação do direito, ainda que imantada pela busca plural do consenso na sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, segue com sua palavra final nas mãos do julgador judicial. Daremos então alguma atenção a ele.

²⁹⁶ Afirmou Violaine Roussel, em 2007, no texto em que debate as mudanças do etos dos magistrados (“Les changements d’ethos des magistrats”): « Les transformations progressives des rapports entre magistrature et politique entamées de longue date ont semblé s’accélérer durant les quinze dernières années, se traduisant notamment par une réinvention du sens de l’indépendance judiciaire. » (p. 44).

²⁹⁷ Cf. Boaventura de Sousa Santos, em “O Discurso e o Poder – Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica”, SAFE, 1988, pp. 17 e seguintes, nas quais estuda os topoi do discurso jurídico: o equilíbrio, a justiça, a cooperação, a boa vizinhança, que são usados na construção retórica do discurso do processo de decisão.

6.4. A figura pessoal do Magistrado

Um grande tema de investigação psicológica seria a mente do homem que julga. A formação do juízo no intelecto do magistrado é pouco estudada em direito. Isto permitiria avaliar até que ponto ele exerce suas competências político-jurídicas em nome da proteção do Estatuto do Cidadão. Sem isso, poder-se-ia argumentar que o exercício da função está atentando contra a própria razão de existir da competência judicial.

A teoria da separação dos poderes não tem um fim em si mesma. Ela se presta a instilar perfectibilidade no acesso aos direitos, por meio de órgãos diferentes que deveriam controlar uns aos outros. Daí a relevância de apartar as funções de legislar e de declarar os direitos, para em seguida discutir qual a força do magistrado e “a realidade dos limites sobre os poderes judiciais da inovação jurídica” (cf. Neil MacCormick)²⁹⁸.

Claro que a atividade de repartir ônus sociais, via decisão judicial, retira direitos de alguns para entregar a outros. Para o cidadão concreto, portanto, não se trata de graus diferentes de gozo do direito, mas sim ter ou não acesso aos bens da vida. Assim é que uma decisão que determina um tratamento médico de alto custo para um único paciente, pode acabar matando dezenas de outros pacientes em um pequeno município, simplesmente porque os recursos são finitos e o dinheiro não existe duas vezes. Também por esta razão, vamos aqui defender que ao Estado Jurislador não pode faltar legitimação (a) seja para coordenar a construção coletiva de sentidos normativos, (b) seja no concernente à composição do poder por jurisfação; e sem esquecer, é claro, de abrir sempre espaço para as vozes representativas da sociedade.

No Estado Jurislador, o Judiciário deve ampliar sua base de atuação, pois exerce um papel declaratório das cripto-normatividades que identifica. Os conteúdos de normatividade escondidos nas decisões judiciais poderiam ser utilizados no futuro para argumentar contra a legitimidade do Judiciário, ao

²⁹⁸ Neil MacCormick, em “Argumentação Jurídica e Teoria do Direito”, tradução de Waldéa Barcellos, Martins Fontes, 2009, p. 245.

fundamento de que, adredemente, ali, foram plasmados de modo obscuro. Por esta razão é importante estudar claramente a tripartição atual com uma visão aberta sobre o Estado Jurislador ou a Juristocracia ou a Supremocracia (a depender do rótulo que o investigador pretenda utilizar).

Um Judiciário alargado não poderia ficar apenas na função de contra-poder, com decisões contramajoritárias pontuais em favor de pequenos grupos. Ou restringir-se à atuação como legislador negativo, retirando do sistema as normas contrárias aos direitos fundamentais²⁹⁹. É necessário ampliar o diálogo com as fontes produtoras da lei e evitar a tranquilidade do universo do silêncio, como se as coisas decorressem de uma autoridade eterna que se retroalimenta a si mesma e de modo estático³⁰⁰.

Encerra-se grande parte deste debate com o dogma jurídico de que o livre convencimento motivado precisa ser outorgado a alguém, e que este indivíduo na posição de juiz exercerá a função oracular.

Se existe a possibilidade de a conclusão final ser a de a sociedade ter que se amoldar ao decidido judicialmente (daí a máxima sempre repetida: “decisão judicial não se questiona, se cumpre”), é necessário que a busca de consensos plurais seja aberta ao debate. Se aceitarmos o Estado Jurislador, teremos que

²⁹⁹ Cf. André Ramos Tavares, no artigo “Justiça Constitucional – Originalidades históricas e tipicidade latino-americana”, publicado na Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC – n 29, maio/agosto 2014, volume especial sobre a “Atividade Decisória das Cortes Constitucionais”, edição conjunta pelo Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais – IBEC – e pela Editora Fórum, p. 259: “a ampliação do espaço tradicional do Judiciário e do Tribunal Constitucional, na tutela da Constituição e sua supremacia (quer dizer, para além de um mero *legislador negativo*, na expressão cunhada por Kelsen), foi viabilizada, dentre outras ocorrências, pela abertura semântica das constituições, em sua contemplação principiológica do discurso dos direitos humanos, pela supremacia da Constituição, pela vinculação dos legislativos aos direitos fundamentais consagrados e, sobretudo, pela necessidade de retirar do espaço político certas opções”.

³⁰⁰ Esta visão precisa ser revista. Vejamos a belíssima descrição feita por Tercio Sampaio Ferraz Junior em sua teoria das desigualdades, no livro “Função Social da Dogmática Jurídica”: “Neste sentido, o trabalho do jurista paradoxalmente impede o diálogo com a lei. *O jurista faz a lei falar*. Desta maneira, cerceia-se, em relação aos sujeitos da lei, a possibilidade da palavra plena, pois não há absolutamente um discurso quando a comunicação transita pela ritualização dogmática, a qual existe, então, para levar os sujeitos ao destino de se colocar sob controle dos juristas. Entra-se, assim, num universo de silêncio: um universo do texto, do texto que sabe tudo, que diz tudo, que faz as perguntas e dá as respostas. Nestes termos, conclui Legendre, os juristas fazem um trabalho doutoral no sentido escolástico da palavra. Em outras palavras, fazendo seu trabalho, eles não fazem o Direito: apenas entretêm o mistério divino do Direito, ou seja, o princípio de uma autoridade eterna fora do tempo e mistificante, conforme as exigências dos mecanismos de controle burocrático num contexto centralista.” Editora Max Limonad, 1998, p. 174.

amoldar a figura do juiz à construção coletiva de conceitos, para que não seja um *solipsista viciado em si mesmo*.³⁰¹

O tema da caracterização do bom juiz diante da lei formal já foi objeto de páginas e páginas de debate na literatura mundial. Vejamos no original em francês a beleza do texto de Victor Hugo, em “Quatre-vingt-treize”, quando trata do horror que foi o homem produzido pelo terror da revolução:

“La loi est formelle. Un juge est plus et moins qu’un homme; il est moins qu’un homme, car il n’a pas de coeur; il est plus qu’un homme, car il a le glaive.”³⁰²

“A lei é formal. O juiz é mais e menos que um homem; ele é menos que um homem, pois não tem coração; ele é mais que um homem, pois carrega a espada.” (tradução livre)

Ou seja: como a lei é formal, um juiz não poderia dar espaços pessoais ao sentimento em sua análise. Por isso fica inferiorizado em relação aos demais da sociedade. Mas torna-se mais forte que o homem comum, porque tem que ter a coragem de empunhar a espada para o cumprimento perfeito da norma. E prossegue Victor Hugo no mesmo texto acima referindo a coragem de Manlius Torquato, general romano que executou seu próprio filho por ter descumprido uma de suas ordens (“*tu patere legem quam is fecisti*”)³⁰³. A máxima romana é sempre repetida por ser um caso no qual um julgador fez valer contra si mesmo a norma geral imposta por ele contra todos; e executou seu próprio filho.

³⁰¹ Cf. Lenio Luiz Streck, em “O que é isto – decido conforme minha consciência?”, p. 17.

³⁰² Flammarion, 2014, p. 463.

³⁰³ Segundo Roland e Boyer no dicionário “Adages du Droit Français”: « L’adage est probablement né de la sévérité du consul Manlius Torquatus, en 340 av. J.-C. Pour rétablir la discipline de l’armée pendant la guerre contre les Latins, il ordonna que personne ne combatte en dehors des rangs ; cependant son fils s’avance jusqu’aux avant-postes ennemis et, oublieux de l’ordre paternel, provoqua un Latin dans un combat singulier. Il revint au camp avec les dépouilles de l’adversaire ; le consul, alors, pour faire respecter l’ordre qu’il avait donné et qui le liait lui-même, fit aussitôt attacher son fils au poteau pour l’exécution capitale ». Tradução livre: “O ditado jurídico nasceu provavelmente da severidade do general romano Manlius Torquato, em 340 A.C. Para restabelecer a disciplina do exército durante a guerra contra a Liga Latina [liga que reunia 30 cidades e tribos do antigo Lácio], ele ordena que ninguém partisse para combate fora das fileiras da armada; enquanto isso seu filho avança até o posto-avançado do inimigo e, esquecendo-se da ordem paterna, provoca um integrante da armada da Liga Latina para um combate individual. Ele retorna ao campo com os despojos do adversário; o general romano, então, para fazer respeitar a ordem que ele havia dado e que vinculava a si mesmo, fez em seguida atar seu filho ao tronco para que fosse decapitado”, p. 910, esclarecemos nos colchetes.

Esse balanço entre o coração e a razão na aplicação das normas passeia dentro da mente de qualquer julgador. E há sempre o risco de aplicação incorreta da norma de forma abstrata e fria, pois, lembrando ainda Victor Hugo agora nos Miseráveis: *A guilhotina é a concreção da lei; e o cadafalso o cúmplice do carrasco: pois é um monstro fabricado num acordo terrível entre o juiz e o carpinteiro.*³⁰⁴

Quando utilizamos a expressão “bom juiz” não o fazemos em uma concepção axiológica, mas sim no sentido do magistrado contido dentro do quadro geral de funções e atribuições que o sistema constitucional a ele reservou. Até porque a porosidade do sistema jurídico, desde os tempos imemoriais, sempre outorgou aos julgadores alguma margem de apreciação subjetiva (ainda que Napoleão pretendesse que o Código Civil de 1804 *não fosse interpretado*; e Montesquieu, que o *Juiz fosse simplesmente a boca da lei*).

Isto porque, segundo Luis Recasens Siches, o “miolo da função judicial não se radica nem remotamente no silogismo que se possa formular, pois consiste na eleição de premissas, por parte do juiz”³⁰⁵, afirma o autor do célebre “logos de lo razonable”, em “Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho”. E prossegue Recasens Siches: “a lógica formal da dedução trata somente da concreção formal da inferência, mas não impõe nenhum critério para eleger entre as várias premissas possíveis”³⁰⁶ (tradução livre).

³⁰⁴ O trecho original das pp. 52/53 da edição francesa: « L'échafaud, en effet, quand il est là, dressé et debout, a quelque chose qui hallucine. On peut avoir une certaine indifférence sur la peine de mort, ne point se prononcer, dire oui et non, tant qu'on n'a pas vu de ses yeux une guillotine ; mais si l'on en rencontre une, la secousse est violente, il faut se décider et prendre parti pour ou contre. Les uns admirent, comme De Maistre, les autres exècrent, comme Beccaria. La guillotine est la concrétion de la loi ; elle se nomme vindicte ; elle n'est pas neutre, et ne vous permet pas de rester neutre. Qui l'aperçoit frissonne du plus mystérieux des frissons. Toutes les questions sociales dressent autour de ce couperet leur point d'interrogation. L'échafaud est vision. L'échafaud n'est pas une charpente, l'échafaud n'est pas une machine, l'échafaud n'est pas une mécanique inerte faite de bois, de fer et de cordes. Il semble que ce soit une sorte d'être qui a je ne sais quelle sombre initiative ; on dirait que cette charpente voit, que cette machine entend, que cette mécanique comprend, que ce bois, ce fer et ces cordes veulent. Dans la rêverie affreuse où sa présence jette l'âme, l'échafaud apparaît terrible et se mêlant de ce qu'il fait. L'échafaud est le complice du bourreau ; il dévore ; il mange de la chair, il boit du sang. L'échafaud est une sorte de monstre fabriqué par le juge et par le charpentier, un spectre qui semble vivre d'une espèce de vie épouvantable faite de toute la mort qu'il a donnée. »

³⁰⁵ Editorial Porrúa, México, 1980, p. 237.

³⁰⁶ No original: “La lógica formal de la deducción trata solamente de la corrección formal de la inferencia, pero no suministra ningún criterio para elegir entre las varias premisas que sean posibles”. Editorial Porrúa, México, 1980, p. 237.

Na lógica tradicional se acreditava que o sistema normativo tinha resposta para a maioria dos problemas jurídicos. Sempre se soube que o ordenamento continha lacunas, e que apenas em relação a elas o magistrado poderia atuar com maior subjetividade na busca da solução. Por isso afirma Recasens Siches que *“habitualmente se pensava que o juiz deveria orientar-se tomando em conta as normas positivas formuladas – sejam estas leis e regulamentos, sejam costumes, ou sejam precedentes jurisprudenciais –, e se pensava que apenas em alguns casos excepcionais é que teria que recorrer por sua própria conta a critérios axiológicos”*.³⁰⁷

Tudo isso em razão da crença generalizada de que o ordenamento seria compacto, completo e com baixa porosidade. Tal avaliação errônea decorre de uma visão mecanicista do ordenamento, como se estivéssemos diante de corpos celestes (afirma Recasens Siches). Em verdade, *“a necessidade de utilizar critérios estimativos não constitui a exceção, mas o contrário, pois esta é a regra geral”*³⁰⁸, enfatiza o autor mexicano.

E conclui Recasens Siches, mais adiante, no sentido de que é constante a presença de critérios valorativos hauridos da concepção pessoal do funcionário jurisdicional, justamente no momento da interpretação, o que acaba embebendo o ordenamento como um todo.³⁰⁹ Daí a enorme relevância de estudarmos a figura do magistrado, tentando buscar as origens e os limites de sua atuação pessoal no momento da subsunção.

6.5. Origem histórica do magistrado brasileiro

O magistrado brasileiro vem evoluindo ao longo das décadas. Em *“Coronelismo, Enxada e Voto”*, Victor Nunes Leal se preocupou em estudar as origens do Judiciário, para verificar justamente sua legitimidade no exercício da função, do Império até a República Velha. As primeiras funções de juiz entre nós

³⁰⁷ Editorial Porrúa, México, 1980, p. 253.

³⁰⁸ Ibid. ibidem.

³⁰⁹ Editorial Porrúa, México, 1980, p. 257.

nasceram topograficamente perto do povo e atreladas às Câmaras Municipais, mas sempre exercidas pela nobreza e pelos letrados³¹⁰. Vejamos a lição do eterno Ministro do STF, Victor Nunes Leal:

“A câmara propriamente dita compunha-se de dois juizes ordinários, servindo um de cada vez, ou do juiz de fora (onde houvesse) e dos três vereadores. Eram também oficiais da câmara com funções especificadas, o procurador, o tesoureiro e o escrivão, investidos por eleição, da mesma forma que os juizes ordinários e vereadores. A própria câmara é que nomeava os juizes de vintena, almotacés, depositários, quadrilheiros e outros funcionários.”³¹¹

E quando se fala em eleição ou em escolha, deve-se ter em mente que o direito quantitativo (em número de eleitores) ou qualitativo (em termos de liberdade na escolha) era realmente muito reduzido. “*No que toca à questão do provimento dos cargos, a prática adotada no século XVIII teve outras modalidades, ajustando-se também aos novos tempos. No essencial, a ‘novidade’ foi a generalização na venda de empregos ou ofícios públicos – expediente utilizado para o incremento das finanças régias*”, registra Graça Salgado em “Fiscais e Meirinhos – A Administração no Brasil Colonial”³¹². E prossegue a mesma obra sobre a história da administração e da estrutura da justiça:

“O alvará emitido em 20 de abril de 1758, ao ditar novas formas de procedimento para as arrematações de ofícios de Justiça e Fazenda, deixou transparecer os inconvenientes que decorriam da sua venda por prazos curtos, como determinara o decreto de 1741. Nesse sentido, recomendava que os ofícios de Justiça fossem providos por ‘via de concurso’ ou por venda aos que oferecessem a maior quantia e sem prazo determinado.”³¹³

E talvez surja daí a ideia de hereditariedade de alguns cargos e atribuições públicas, que permanece até hoje na cultura jurídica brasileira, com

³¹⁰ Como descreve Antônio Cândido (em “Um funcionário da Monarquia – Ensaio sobre o Segundo Escalão”, p. 11), no passado, era comum que os filhos da nobreza trabalhassem de graça por até cinco anos para depois obterem algum tipo de comissão. Ser funcionário dependia “dos favores, dos protetores, do parentesco e até da habilitação”; “era, como se dizia, ‘ter uma posta’, um lugar que dava renda, garantia, prestígio e posição”.

³¹¹ Editora Nova Fronteira, p. 81.

³¹² Editora Nova Fronteira, p. 64.

³¹³ Ibid ibidem.

famílias que muitas vezes se alternam ou se sucedem na função pública.

José Reinaldo de Lima Lopes, filósofo e historiador do direito, estuda nas decisões do Conselho de Estado o conceito de *juiz proprietário* do ofício público. Se por um lado o juiz era um empregado sujeito a determinadas regras aplicáveis aos demais servidores (e, portanto, com menor independência administrativa do que possuem hoje os órgãos judiciais), por outra banda poderia até ser considerado proprietário do ofício.

Vale a pena transcrever um breve trecho do estudo arqueológico de José Reinaldo de Lima Lopes:

“Os juízes eram independentes, segundo a letra da Constituição. Mas seu estatuto sujeitava-os, na mentalidade da época, à categoria de empregados públicos, e como tais estavam sujeitos aos crimes previstos no Código Criminal. A independência existia para as decisões, não para a administração da máquina judiciária, totalmente dependente do executivo. Dessa forma, além da vontade de acertar e de medir seu acerto pela aprovação de seu comportamento pelo Ministro da Justiça, os juízes ficavam de certa forma sujeitos a remoções pelo governo e suspensões ordenadas pelo Moderador. Sua independência era, pois, muito relativa para os padrões que vieram depois a ser aceitos entre nós.”³¹⁴

A compreensão mais atual é a de que o juiz é um órgão de poder, pois diz o direito em nome do Estado-Juiz. Se considerarmos o juiz um servidor público ocupante de cargo, o risco de responsabilidade pessoal do mesmo aumenta. Se blindarmos a figura do Magistrado como órgão de poder, ele apresenta e dita vontade estatal como ato seu de vontade, condicionado pelo exercício de uma função pública de estatura constitucional.

Na profunda pesquisa que promove, José Reinaldo de Lima Lopes lista vários casos e as decisões respectivas. Vejamos apenas mais um breve trecho, para ilustrar o que se pode ainda encontrar, indo diretamente na fonte que estamos analisando:

³¹⁴ Em “O Oráculo de Delfos”, p. 260.

“Em 1843 (8 de outubro, Caratá, v.1, p.12) o juiz de direito de Camamu, na Bahia, é chamado pelos conselheiros de ‘juiz proprietário’ de seu cargo, em lugar de ser chamado de juiz vitalício ou juiz efetivo, se quisermos. E a confusão entre ser proprietário e ser vitalício ou efetivo continuou em muitas oportunidades. A lei que expressamente abolira o tratamento dos ofícios de justiça e fazenda como propriedade contava já 16 anos (outubro de 1827) e mesmo assim o hábito persistia.”³¹⁵

O mito da imparcialidade surge justamente para tornar imaculável a atuação de quem vem, na grande maioria, de uma mesma faixa de extrato social. Seja por eleição, por indicação, por hereditariedade ou por concurso, a grande massa de magistrados no Brasil sempre veio de um mesmo estamento social (em regra o jovem de classe média-alta cioso de seus estudos). Luciana Zaffalon Cardoso traz em sua tese de doutorado os números que demonstram a elitização da justiça:

“Ainda no que se refere às relações cultivadas pelas instituições de justiça e considerando o recurso à observação dos campos da segurança pública e penitenciário para contextualizar os temas abordados neste estudo, recorreremos às contribuições de Almeida (2010) sobre as elites jurídicas e a política da justiça no Brasil para compreender um fenômeno recorrentemente observado durante a pesquisa: as homenagens.

“Para analisar o grupo que designa por nobreza togada, o autor lançou mão da teoria dos campos, de Bourdieu (2007), lembrando seu caráter mais metodológico do que normativo, para ressaltar: *‘o limite de um campo é o limite de seus efeitos, ou, em outro sentido, um agente ou uma instituição faz parte de um campo na medida em que nele sofre efeitos ou nele os produz’*.”³¹⁶

A grande importância do estudo do extrato social e das condicionantes de classe que levam o juiz a decidir em um ou outro sentido é o que poderá balizar, do ponto de vista do controle externo, o rumo que as decisões judiciais podem tomar. Isto se torna mais grave em um Estado Jurislador, pois o controle social ou a legitimação democrática via eleições periódicas não poderão ser feitos. “Longe de ser um privilégio para os juízes, a independência da magistratura é necessária para o povo, que precisa de juízes imparciais para harmonização pacífica e justa dos

³¹⁵ Ob. cit., p. 302.

³¹⁶ Tese de doutorado defendida na FGV/SP (Fundação Getúlio Vargas), em 21 de fevereiro de 2017, sob o título “*Uma espiral elitista de afirmação corporativa: blindagens e criminalizações a partir do imbricamento das disputas do sistema de justiça paulista com as disputas da política convencional*”, p. 263.

conflitos de direitos” (cf. Dalmo de Abreu Dallari, em “O Poder dos Juízes”).³¹⁷

A preocupação de Abreu Dallari e de Zaffalon Cardoso (esta na linha de Boaventura de Sousa Santos) é justamente com a dependência da boa vontade ou da autocontenção de um profissional servidor do estado-juiz, que pode ler, ora com fundamentos constitucionais, ora com argumentos arcônticos, o texto das normas ou dos precedentes de casos anteriores. Em duas palavras: subjetivismo e insegurança !

E prossegue Dalmo de Abreu Dallari em sua obra de 2002:

“Não é democrática uma instituição cujos dirigentes, pelo modo como são escolhidos e por seu relacionamento com os níveis inferiores da hierarquia administrativa, comportam-se como aristocratas privilegiados. Isso tem aplicação ao Poder Judiciário, cujas cúpulas dirigentes são escolhidas apenas pelos membros dos órgãos de nível superior. Não é dada qualquer oportunidade para que os integrantes dos níveis inferiores, muito mais numerosos e igualmente integrantes do Judiciário, possam manifestar-se sobre a escolha dos dirigentes ou sobre outros assuntos que interessam a todos.”³¹⁸

A Emenda Constitucional nº 45, que é posterior ao texto de Dalmo Dallari acima referido, em certa medida quebrou a regra de antiguidade com a eleição de metade dos colegiados dos tribunais e de seu presidente. Ainda na obra “O Poder dos Juízes”, Dalmo de Abreu Dallari se preocupa também com a *democracia interna* (em respeito a uma estrutura de órgãos dispostos por coordenação) e com a *democracia externa* do Judiciário (para uma recepção de modo saudável da pressão social).

Entende ele que sem que haja (a) um Judiciário aberto ao público e independente; (b) com juízes preocupados com a linguagem acessível sobre o seu funcionamento; e (c) blindado de coberturas jornalísticas nefastas que tentem influir no resultado dos julgamentos; sem tudo isso, será impossível obter decisões isentas e isonômicas. E Arremata Dallari: “A *democratização do Judiciário fará do povo seu primeiro defensor e principal aliado, o que, em última análise, aumentará*

(acessada em 01.08.2017 em <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18099>)

³¹⁷ Editora Saraiva, 2ª edição, 2002, p. 47.

³¹⁸ Ob. cit., p. 150.

a possibilidade de democracia.”³¹⁹ Eis aí a mesma noção moderna de busca de consensos judiciais defendida por Habermas, Lenio Streck e tantos outros autores.

Não se pode falar em legitimação democrática dos magistrados se se permitir a alguns poucos formadores de opinião (por vezes financiados por uma elite pseudo-liberal)³²⁰ o direito de controlar a caneta dos juízes via pressão midiática posterior ao início dos casos concretos. Isto arranharia a isenção do Judiciário, da mesma forma que poderia destruir a respeitabilidade de qualquer instituição socialmente relevante. Nos dizeres de Geraldo Ataliba, em *República e Constituição*: “É evidente que tais instituições políticas só podem produzir seus benéficos efeitos num clima de irrestrita liberdade de imprensa, amplo debate e livre circulação de informações, onde os negócios públicos e o modo de curar da coisa pública sejam abertos, franqueados à análise, curiosidade, investigação e observação de todos, sem restrições”³²¹.

Os magistrados brasileiros não estão preparados para enfrentar a pressão midiática, sua formação não se preordena a tanto. São oriundos de um extrato social formador de opinião, e a tendência dos formadores de opinião é de uma concepção de classe isolada e tendente a ser emulatória de si mesma. A posição de julgador, todavia, envolve filtrar os anseios de todas as classes a partir do quadro normativo e não apenas do seu extrato social.

A ampliação da base de formação individual de cada magistrado poderá eliminar subjetivismos. A concreção de uma justiça isonômica dependerá sempre da formatação colegiada das decisões, apoiada em visão plural. Somente a partir daí os casuísmos passarão a configurar exceção. Enquanto isto não ocorrer, precisamos nos precaver contra subjetivismos de um agente do Estado que provém de um mesmo plano social, o qual na origem está historicamente arraigado às forças gestoras dos mais altos poderes da República.

³¹⁹ Ob. cit., p. 157.

³²⁰ Utilizamos a expressão pseudo-liberal, pois os verdadeiros liberais defendem uma justiça livre, e não um modelo controlado pelos donos do poder. Segundo Michael J. Sandel, em “O Liberalismo e os limites da justiça”, “a justiça ‘tem’ que anteceder os valores que é chamada a avaliar”, 2ª edição, Editora Fundação Calouste Gulbenkian, tradução de Carlos E. Pacheco do Amaral, 2005, p. 41.

³²¹ Cf. Geraldo Ataliba, “República e Constituição”, Editora Malheiros, 2ª ed., p. 68.

CAPÍTULO 7. IMPACTOS DA OPERAÇÃO JUDICIAL CONCRETA

A evolução do sistema jurídico não significa o correlato crescimento de todos os seus atores. O Estado Jurislador precisa aumentar a filtragem coletiva dos conteúdos normativos a partir de critérios da ciência do direito. Sem isso, conferir tamanho poder a magistrados isolados pode conduzir a absurdos jurídicos incontroláveis. Somente a construção colegiada será um espaço seguro da juridicidade com vistas à construção de consensos legitimadores da Jurisdição.

Se antes, para se chegar a uma solução, dependia-se apenas da produção de normativa legal, mediante consenso político, passa-se agora a ter na jurisprudência vinculante um acesso imediato ao rol de direitos, que precisam refletir diretamente o consenso social. O novo Código de Processo Civil, de 2015, veio para aumentar a influência reflexiva da jurisprudência vinculante sobre novos casos, e em certa medida caminhou em direção ao que Eugen Ehrlich chamava de livre interpretação do direito. A aproximação é possível apenas na condição de fenômeno jurídico histórico similar.

É no embate entre texto e contexto que as regras de interpretação limitarão o atuar do Estado-juiz, naquilo que se vai considerar (a) vácuo da atividade do legislador ou (b) inespecificidade normativa a necessitar de detalhamento judicial. Sem cair, é claro, na proposição de um sistema que chancele ou admita um Estado-justicialesco. O embate entre texto e contexto, arbitrado por juízes, deve garantir coexistência dúctil com a obra do legislador, a partir de uma filtragem e composição coletiva dos limites de aplicação do direito.

A formatação de pautas de condutas jurídicas – comandos jurídicos dirigidos aos cidadãos – classicamente extrai sua validade do princípio da legitimação democrática. Assim sendo, o Poder Legislativo é que teria a função típica de regular a vida conflitiva dos integrantes da sociedade (justiça comutativa), e, ainda, a relação deles todos com a administração pública (justiça distributiva).

No Estado Jurislador será necessário entender a legitimação democrática imbricada com a racionalidade jurídica. É necessário trazer a debate os graus de legitimação democrática, direta e indireta, para avaliar até que ponto o exercício das competências legislativo-normativas e interpretativo-normativas podem atuar.

Normogênese (criação de normas votadas), *jurisfação* (construção coletiva de sentido das normas com impacto político) e *jurislação* (imposição de pautas de conduta em nome do estado-juiz) se co-implicam. Estamos em um momento no qual a racionalidade jurídica avança sobre as decisões políticas anteriormente discricionárias. De todo modo, os limites constitucionais que impedem a promulgação de normas inconstitucionais, devem impedir a produção de entendimentos jurisprudenciais não placitados pela sociedade aberta da Constituição.

Claro, há o risco de decisões da cúpula judicial contrárias a garantias constitucionais que nem mesmo uma emenda à Constituição seria capaz de alterar (v.g.: coisa julgada, ato jurídico perfeito; presunção de inocência, etc). Se isto acontecer, teremos uma decisão inconstitucional que se sujeita a revogação legislativa e, em alguns casos, à resistência por desobediência civil caso se trate de fraude à Constituição.

Vejamos alguns limites e apontamentos da Teoria Geral do Estado sobre a formação de consensos judiciais na sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.

7.1. Visão democrática e coletiva sobre a jurisfação judicial

O item 40 da “Magna Carta” de 1215 diz que “a ninguém venderemos, a ninguém negaremos ou retardaremos direito ou justiça”. O tema central do dispositivo é a democratização ao acesso à justiça.

Ao longo dos séculos, tal dispositivo vem se tornando verdade dia após dia. As posições de comando da magistratura no passado eram vendidas e ainda

hoje outros mecanismos semelhantes são utilizados para impedir a integral expansão de acesso dos cidadãos em geral a tais posições de comando judicial.

No Estado Jurislador, teremos que, de um lado, assumir falhas no sistema de nomeações, e de outro, ampliar a composição do poder, via pluralização do sistema de recrutamento de juízes. Já existem hoje condições conjunturais para que a ampliação da base de nomeados seja promovida sem perda de qualidade técnica nas decisões.

Com uma composição mais plural das instituições, teremos maior legitimação democrática judicial em sua função de jurisfação do poder. De nada adiantaria ter uma Constituição e um Tribunal Constitucional incumbido de sua interpretação, se este não for o *representante argumentativo da sociedade* (Alexy), com força para exercer cautelarmente a função contramajoritária para a proteção das regras do jogo democrático e do Estatuto do Cidadão e de seus correlatos direitos fundamentais³²². Utilizando a lição de Marcelo Figueiredo sobre o estado contemporâneo, podemos concluir que a jurisdição constitucional brasileira atual está refletindo o que há de mais moderno no direito público transnacional:

“O modelo constitucional contemporâneo ocidental não está ‘apenas’ preocupado em instituir direitos de defesa em face do poder, mas sobretudo, em intervir, em prestar serviços, em atuar nos diversos segmentos sociais coordenando-os, consoante os princípios e diretrizes constitucionais, proporcionando liberdade, igualdade e vida digna aos cidadãos, aos administrados, aos jurisdicionados.”³²³

Foi importantíssima a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 ao vaticinar que a “*sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição*” (art. 16). Certamente, a ideia original do dispositivo, na visão de Montesquieu, era

³²² Para o aprofundamento desta, ideia ver Luís Roberto Barroso, no “Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo”, Editora Saraiva, 6ª edição, 2017, p. 480.

³²³ Cf. Marcelo Figueiredo, na tese apresentada para o concurso de Professor Titular PUC/SP em 2007, sob o título “Direito Constitucional Transnacional e algumas de suas dimensões”, obra ainda não publicada, p. 93.

simplesmente de que um poder não interferisse no outro, e que ambos estivessem regidos por uma mesma carta política. Podemos ampliar tal leitura, para conceber modernamente que aí está o embrião da garantia de maior acesso de todos aos mecanismos protetivos da Jurisdição.

No Estado Jurislador será necessário rever a jurisfação à luz dos preceitos democráticos contemporâneos. Segundo Friedrich Müller, a ideia fundamental da democracia é a de uma “*determinação normativa do tipo de convívio de um povo pelo mesmo povo*”³²⁴. Se as pautas “*ex novo*” passam agora, em parte, a uma produção externa ao Poder Legislativo, será necessário recompor os órgãos encarregados da construção coletiva dos institutos e formas de agir do direito. Sem isso não atingiremos um interpretação aberta por consenso.

É inafastável o fato de que a experiência jurídica individual certamente pesa no momento da aplicação das normas, mas é a experiência coletiva da aplicação judicial orgânica, e coordenada pelas várias instâncias, que deve prevalecer. Sem isso não haveria controle efetivo do poder pelo próprio poder, pois se todos julgam em paralelo e isolados, ninguém fiscaliza ninguém, para não se “invadir” a esfera de poder dos demais pares, até como cortesia entre autoridades que manuseiam direitos de terceiros.

Em “O Direito como experiência” (livro em que detalha a teoria tridimensional concreta do direito), Miguel Reale preocupava-se com este aspecto:

“É certo, todavia, que por mais que possam prevalecer fatôres irracionais no *ato decisório*, a regra de direito se apresenta, aos olhos do jurista, como um dado que lhe cabe analisar *como elo de um sistema*, à luz do princípio da racionalidade substancial do ordenamento jurídico, e, também, como *momento de um processo dialético* de composição de interesses em conflito: a norma jurídica particular, em suma, não obstante a possível impureza de sua gênese, subordina-se à dupla e correlata exigência de *sistematicidade* e de *dialeiticidade* inerente à experiência jurídica como um todo.”³²⁵

³²⁴ Em “Quem é o povo? A questão fundamental da democracia”. Tradução Peter Naumann, Editora Max Limonad, 1998, p. 57.

³²⁵ Editora Saraiva, 2ª edição fac-similar, 1992, p. 197.

Reale preocupou-se com os elementos psicológicos na produção da norma, e tratou do tema em “Pluralismo e Liberdade”, obra que se conecta com todos os aspectos da normogênese estudados, à exaustão, em seus livros precedentes. Ocorre que a clareza e aceitação de que a norma jurídica votada é um ato de poder puro, e, portanto, dotada de certa dose de irracionalidade na escolha original, precisa agora ser revista à luz de um Estado Jurislador.

Isto porque, no Estado Jurislador, é o Judiciário que passará a produzir comandos normativos racionais não-votados na lógica parlamentar, verticalizados para frente a partir de decisões judiciais ou súmulas recepcionadas como jurisprudência vinculante. Se houver construção colegiada dos mesmos, a partir dos limites impostos pela Constituição, serão mais palatáveis pela comunhão de atores processuais. Quando forem decorrentes de visão isolada ou solipsista, perdem validade jurídica (ainda que possam ter enorme validade fática ou validade social).

Ao estudar os fatores que levam à produção da norma, importa-nos medir o exato grau de distância que nos separa da completa assunção do comando social pelo Estado Jurislador (ou se já caímos integralmente nele). Diz Miguel Reale em “Pluralismo e Liberdade”:

“Um dos problemas mais complexos que surgem no exame da correlação direito-poder diz respeito aos fatores determinantes da decisão que instaura uma norma jurídica.”³²⁶

O Judiciário, figura central do Estado Jurislador, cumpre várias funções. A nossa Corte Suprema não é exclusivamente uma Corte Constitucional, mas assume também atribuições de Corte de Cassação. A jurisfação, em nossa visão, deve agora configurar-se como produção coletiva de sentidos da norma. Há inúmeros estudos sobre o processo legislativo. Estes partem do pressuposto de que o equilíbrio de poderes já garantirá que a norma produzida pelo Legislativo será aplicada pelo Judiciário e cumprida pelo Executivo, cada qual respeitando o seu

³²⁶ Editora Expressão e Cultura, 1998, p. 228.

papel na tripartição. Mas não é o que tem ocorrido, pois elementos de natureza volitiva individual impregnam os titulares dos poderes.

Neste sentido, Miguel Reale mostra-se preocupado com o elemento psicológico dos titulares da relação originária entre direito e poder:

“Ainda não foi feita, que eu saiba, uma análise minuciosa e rigorosa desta matéria, do ponto de vista psicológico e sociológico, nos diferentes países, pois a questão está ligada não só a fatores de formação ética ou de desenvolvimento cultural, como a condições peculiares a cada ciclo de cultura ou a cada tipo de civilização, sem se falar em elementos outros como os postos em evidência pelos estudos realizados sobre os chamados ‘grupos de pressão’.”³²⁷

Miguel Reale faleceu em abril de 2006, e após isso alguns estudos foram produzidos no aprofundamento de uma análise psicológica do julgador (lembramos aqui o trabalho de Pierre Legendre, cujo continuador foi Alain Supiot). O tema segue relevante porque ao lado do estudo da evolução natural da cultura dominante, existe a politização da cultura imposta como prevalente, tema ao qual Norberto Bobbio deu grande importância em sua posição de filósofo militante. Valem para Miguel Reale as sábias palavras de Celso Lafer sobre Norberto Bobbio: “*A mediação cultural exprime a política de cultura que ele contrapõe à politização ideológica da cultura*”³²⁸.

O jurista francês Alain Supiot – na linha do precitado jurista e psicanalista Pierre Legendre – afirma no seu “Homo juridicus” que podemos estar vivendo uma refeudalização dos vínculos sociais, o que em grande medida hoje só é possível pela manipulação do “capital cultural”. Conforme afirma Pierre Bourdieu, a opinião pode ser produzida a partir de uma forma simplista de discussão política, mais facilmente no “inconsciente de classe” do que validada pela “consciência de classe”³²⁹.

³²⁷ *Op. et loc. cit.*

³²⁸ Celso Lafer no prefácio da 26ª tiragem de “A Era dos Direitos” de Norberto Bobbio, Editora Elsevier, 2004, p. IX.

³²⁹ Pierre Bourdieu, Em “Le Sens Commun – La distinction critique sociale du jugement”, Les Éditions de Minuit, 2007 (1979), pp. 491/49, quando conclui: « C’est-à-dire, s’il fallait s’en tenir aux

A partir desses fundamentos, nossa preocupação deve focar centralmente nos fundamentos dogmáticos sobre a existência efetiva de um liame de verdade legal pré-existente (o que hoje está em contraponto à pós-verdade, fabricada pela velocidade dromocrática)³³⁰. Diz Alain Supiot na referida obra:

“É graças a Pierre Legendre que devemos a reposição do conceito de dogmática ao centro da análise da modernidade. Conceito chave da história das ciências (notadamente da medicina), a dogmática é hoje entendida no vocabulário corrente como a antítese da razão. E, no entanto, a razão humana repousa, hoje como ontem, no ocidente como alhures, sobre os fundamentos da dogmática, quer dizer, sobre a existência de um *‘lugar da verdade legal, postulado e socialmente posto em cena como tal’*. O acesso à palavra, que é próprio da humanidade, é também a porta aberta a todos os delírios. A dogmática está aí justamente para fechar esta porta” (tradução livre).³³¹

A dogmática tem, assim, esta função de barreira aos delírios externos ao direito (tema da psicologia social). O tema da pressão externa na produção da norma existe no Legislativo, como regra geral, o que já foi amplamente estudado no processo legislativo. Segundo Pierre Legendre, vivemos entre a “autoridade das palavras” e o “silêncio das palavras”, sendo, em sua visão, marcante o trajeto do Estado-Jurista quando evoluímos do estado clássico para o Estado industrial³³². E questiona Pierre Legendre:

formules simplificatrices ou simplistes de la discussion politique, dans l’inconscient de classe plutôt que dans la conscience de classe. »

³³⁰ Denomina-se “dromocracia” a relação entre poder e velocidade. O termo foi cunhado pelo arquiteto e escritor francês Paul Virilio.

³³¹ Em “Homo juridicus – Essai sur la fonction anthropologique du Droit”, Éditions du Seuil, 2005, p. 21. No original: « C’est à Pierre Legendre que l’on doit d’avoir remis ce concept de dogmatique au coeur de l’analyse de la modernité. Concept clé de l’histoire des sciences (notamment de la médecine), la dogmatique est aujourd’hui perçue dans le vocabulaire courant comme l’antithèse de la raison. Et pourtant, la raison humaine repose, aujourd’hui comme hier et en Occident comme ailleurs, sur des fondements dogmatiques, c’est-à-dire sur l’existence d’un ‘lieu de la vérité légale, postulé et socialement mis en scène comme tel’. L’accès à la parole, qui est le propre de l’humanité, est aussi une porte ouverte à tous les délires. La dogmatique est là pour fermer cette porte. »

³³² Em “*Argumenta Dogmatica – Le Fiduciaire suivi de Le Silence des mots*”, Éditions Mille et Une Nuits, 2012, pp. 102/103: « En commençant par la matrice romano-canonique : *le prototype pontifical de l’État*. Suivra sa fabrication en série, l’entrée en scène de l’État juriste, dans ses deux versions successives, version classique et version industrielle. »

“Esta *problemática da Razão* diz respeito diretamente à política e ao direito. Pra que então temos leis? Em nome de que, ou de quem, existe o poder e as normas? Neste *Teatro de marionetes do Mundo*, existe um manipulador de cordas? Um garante? Um lugar de legitimidade?” (tradução livre)³³³

A evolução do referido Estado-Jurista para um formato de maior legitimidade decorrerá da racionalização da produção de conteúdo normativo. Uma jurisfação pluralista deve respeitar as balizas coletivas deste novo intérprete racional. Assim, se o Judiciário encampar parcela da atribuição de legislar, será necessário abrir o debate sobre o modelo de participação das várias minorias neste novo palco político e social que representará o Estado Jurislador. Isto porque, como diria Peter Häberle, “limitar a hermenêutica constitucional aos intérpretes ‘corporativos’ ou autorizados jurídica ou funcionalmente pelo Estado significaria um empobrecimento ou um autoengodo”.³³⁴

É sim, portanto, necessário, em qualquer processo de reforma, que se leve em consideração uma “partilha equilibrada do poder para – como registra a feliz pena de Sartori – assegurar eficaz concretização ao binômio ‘*governo da maioria – direitos da minoria*’, considerando, ademais, que em terrenos democráticos produzem-se *minorias* no plural e não uma minoria homogênea” (Monica Caggiano).³³⁵

Daí o acerto de Dallari ao defender o controle externo do Judiciário e da própria mídia controladora, que são fatores duplamente importantes para um funcionamento objetivo do Judiciário. Sem isso perderão objetividade as decisões que originariamente venham a ser produzidas pelo Estado Jurislador. Tomando-se sempre o cuidado com o fato de que a mídia é ao mesmo tempo protetora contra

³³³ Em “*Argumenta Dogmatica – Le Fiduciaire suivi de Le Silence des mots*”, Éditions Mille et Une Nuits, 2012, p. 105. No original: « Cette *problématique de la Raison* concerne directement la politique et le droit. Pourquoi des lois ? Au nom de quoi, ou de qui, y a-t-il du pouvoir et des règles ? En ce Théâtre du Monde, y a-t-il un tireur de ficelles ? Un garant ? Un lieu de la légitimité ? »

³³⁴ Cf. Peter Häberle, em “Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição”, SAFE, 1997, p. 34.

³³⁵ Cf. Monica Herman Salem Caggiano, em “Oposição na Política”, p.61.

autoritarismo e produtora de discursos sociais delirantes.³³⁶

Ouçamos ainda Reale em “Pluralismo e Liberdade”:

“O *poder objetivante* do poder, no campo do direito, alberga uma destinação racional, sob pena de reduzir-se ao arbítrio. Nesse sentido particular, e apenas nele, poder-se-ia concordar, embora em plano diverso com Coke, quando diz que ‘*reason is the life of the law, nay the common law itself is nothing else but law*’, o que corresponde ao ideal de Rousseau sobre a lei como ‘*raison écrite*’, mas penso que Roscoe Pound precisa melhor a questão quando afirma que o direito ‘*is experience developed by reason and reason tested by experience*’ e, mais ainda, que ‘*the vital, the enduring part of the law, is in principles starting points for reasoning, not in rules*’.”³³⁷

Na versão completa do trecho referido por Reale, Lord Coke afirmava: “*Reason is the life of the law; nay, the common law itself is nothing else but reason - the law which is perfection of reason*” (EFI)³³⁸. Façamos a releitura intepretativa do inglês antigo por ele utilizado, no qual brinca com os vários sentido de “law” e de “reason”: *A razão é a vida da lei, e não só isso, pois o “common law” sozinho é nada mais do que um motivo inicial, para a busca do direito que refletirá perfeitamente a razão* (tradução livre). Lembrando sempre que Lord Coke é o célebre juiz inglês do “caso Bonham”, pelo qual se liberou um médico da interdição ao exercício da profissão por falta de autorização do Colégio Profissional (o qual fundava seu poder em uma delegação real aprovada pelo Parlamento).

Já em 1610, ressalte-se, muito antes do sempre citado *Marbury v. Madison* (1803, Suprema Corte dos Estados Unidos³³⁹), Lord Coke abria as bases

³³⁶ Conclui Pablo Lopez Blanco em seu estudo denominado “La ontología jurídica de Miguel Reale”, que “a experiência jurídica não pode ser especialmente separada da dialeticidade implicativa fato-norma-valor na qual atua como elemento unificador no plano da realidade”(tradução livre). Editora da Universidade de São Paulo, Saraiva, 1975, p. 77.

³³⁷ *Op. Cit.*, p. 229.

³³⁸ Tal texto é de domínio público e “encontrável facilmente na internet” (EFI - “easily found on the internet”).

³³⁹ Segundo João Carlos Souto, devemos fazer uma leitura conjunta do célebre caso “Marbury v. Madison” (que de um lado estabeleceu o “judicial review” e, de outro, abriu espaço para o então Partido Republicano governar sem a interferência dos “midnight judges”) e da decisão “Stuart vs. Laird”, de 1803, raramente lembrada, pela qual se entendeu que o estabelecimento de novas

do mundo do direito para que a razão dos letrados pudesse começar a pensar em controlar o ato político originário do legislador. Vale registrar que no meio do caminho temos o projeto de “jury constitutionnaire” de Sieyès (para a reforma constitucional francesa de 1795)³⁴⁰, pois acreditava Sieyès que *sem o estabelecimento de uma entidade de controle para o choque entre os poderes, não seria possível acabar com as iniquidades que assolavam o Terceiro Estado*³⁴¹.

Em resumo, as Supremas Cortes são instituições políticas e não simples órgãos judiciários.³⁴² Seja nas palavras do juiz americano Charles Evans Hughes, quando diz que “a Constituição é aquilo que os juízes dizem que ela é”. Seja na visão de Henry de Bracton quando afirma que “a Lei faz o Rei”. Seja na visão de Lord Coke ao enfatizar que o “common law”, nascido da experiência acumulada das várias gerações e filtrada pelo Judiciário, vincula as autoridades. Em quaisquer destas históricas posições, temos um traço comum: a aplicação racional no tempo

atribuições aos membros da Corte Suprema dos Estados Unidos não contrariava a lei fundamental. Na obra “Suprema Corte dos Estados Unidos – Principais decisões”, 2ª edição, Atlas, pp. 33/37.

³⁴⁰ Afirma Marco Fioravanti no artigo “Sieyès et le jury constitutionnaire: perspectives historico-juridiques” publicado nos « Annales historiques de la Révolution française»: « Sieyès, qui ne faisait pas partie de la Commission des Onze, se prononça contre le projet présenté à la Convention et proposa, quand les travaux de la commission furent quasiment terminés, un projet constitutionnel. Les organes prévus par Sieyès, dans son modèle de constitution, étaient au nombre de quatre : le Tribunal, chargé de proposer les lois, le Gouvernement chargé de leur exécution, la Législature qui devait décider de la promulgation de la loi proposée par le Tribunal et le Jury constitutionnaire, sa fonction principale étant de juger la constitutionnalité des lois. » Tradução livre: “Sieyès, que não fazia parte da Comissão dos Onze, se pronunciou contra o projeto apresentado à Convenção e propôs, quando os trabalhos da comissão estavam quase concluídos, um projeto constitucional. Os órgãos previstos por Sieyès, em seu modelo de constituição, eram em número de quatro: o Tribunal, encarregado de propor leis, o Governo encarregado de as executar, a Legislatura que deveria decidir sobre a promulgação da lei proposta pelo Tribunal e o “Jurie Constitutionnaire”, sendo a função principal deste último a de julgar a constitucionalidade das leis.” (p. 93).

³⁴¹ Recortamos quatro trechos de Sieyès em “Qu’est-ce que le tiers-état?” (Flammarion, 1988): « Les notables ont exprimé le voeu formel de faire supporter les mêmes impositions aux trois ordres » (p. 92). « Les privilégiés ne se lassent pas de dire que tout est égal entre les ordres, du moment qu’ils renoncent aux exemptions pécuniaires. » (p. 96) « Pour qui sont tous ces privilèges en matière judiciaire, les attributions, les évocations, les lettres de surséances, etc., avec lesquels on décourage ou l’on ruine sa partie adverse, est-ce pour le Tiers non privilégié ? » (p. 98) « Les lois, enfin, que vous croyez les plus générales et les plus exemptes de partialité, sont complices elles-mêmes des privilèges. » (p. 101). Tradução livre: “Os nobres exprimaram o desejo formal de que se imponham às três ordens as mesmas imposições” (p. 92). “Os privilegiados não se cansam de dizer que tudo é igual entre as ordens, desde que renunciem às isenções pecuniárias” (p. 96). “Para quem então são todos estes privilégios em matéria judiciária, as investiduras, os chamamentos individuais, as cartas de garantia de dívida, etc., com os quais se desencoraja ou se arruína a parte ex-adversa, seriam estes privilégios para o Terceiro Estado não-privilegiado? (p. 98). “E as leis, enfim, que acreditais serem as mais gerais e as mais desprovidas de parcialidade, são elas mesmas cúmplices dos privilégios” (p. 101).

– e não um ato de autoridade originário e pontual – é que deve balizar o conteúdo político-jurídico das normas judiciais superiores que filtram o sistema jurídico.

Miguel Reale aloca o nascimento da jurisfação como que enfeixada pela relação entre direito e poder, o que se amolda à visão weberiana de que poder é singelamente a capacidade de impor aos outros a sua vontade. No Estado Jurislador se devem ampliar justamente os mecanismos de imposição colegiada da leitura racional das normas jurídicas produzidas no debate judicial. A relação entre direito e poder, intermediada pelo debate parlamentar, passará a ser gerenciada pela racionalidade judicial. Ou bem esta razão jurídica decorre de um esforço plural e conjunto de vários atores, ou estaremos diante de uma forma de autocracia judiciária.

Miguel Reale, com sua boníssima-fé filosófica (e talvez com uma crença superlativa no esclarecimento pos-kantiano da humanidade), entende que a razão jurídica se forma como um esforço conjunto da humanidade:

“A identificação direito-poder é, por assim dizer, o infinito de uma lei social, o alvo para o qual tendem indefinidamente os esforços e os sacrifícios renovados da espécie humana, o que revela que na dialética do poder é inerente uma essencial referibilidade à idéia de justiça, entendida como coordenação objetiva de distintas experiências axiológicas, tal como nos mostrará o estudo da matéria de um ponto de vista deontológico, firmado em consonância com a experiência sociológica e histórica.”³⁴³

Ocorre que a magistratura, desde os primórdios, sempre esteve ligada ao início ou ao fim de carreiras políticas³⁴⁴. O tema ficou por muito tempo esquecido, pois *“o fato de as carreiras políticas começarem frequentemente pelo exercício de postos de magistratura, em geral reservados aos juristas de formação, ou letrados, não levou nossos maiores historiadores a se interessarem por esse ramo da vida*

³⁴² Neste mesmo sentido, João Carlos Souto, na obra “Suprema Corte dos Estados Unidos – Principais decisões”, 2ª edição, Atlas, pp. 37/39.

³⁴³ *Op. Cit.*, p. 231.

³⁴⁴ E há quem defenda que tal origem em carreiras políticas não macularia em nada a independência do Judiciário. Neste sentido, o artigo de Jean Uema (em 26 de janeiro de 2006, sob o

*pública*³⁴⁵, afirma o historiador do direito José Reinaldo de Lima Lopes.

Em conclusão, estamos convictos em afirmar que existem vários elementos na formação histórica dos magistrados e na convicção íntima das verdades por eles aceitas que podem, sim, impactar na isenção da reta-razão que os deveria conduzir na atividade de interpretar. A realidade é, sim, alterada pela consciência de classe e pelas pressões externas, o que acaba moldando o que passará a ser considerado verdade sobre os fatos (e, junto com tal visão, o erro de extrair conceitos das próprias coisas). E daí a importância da dogmática como meio de realmente frear leituras inverídicas da realidade.

Quem abraça uma ideologia, abraça junto com ela um modelo de verdade sobre fatos controvertidos, que passam a existir em um mundo de certezas (Watzlawick)³⁴⁶. Não é possível aceitar que cada magistrado seja uma ilha, subordinado apenas ao *tribunal da sua própria razão*³⁴⁷, apoiando-se em um livre convencimento motivado, moldado por *visão solipsista*³⁴⁸ da realidade, conforme já dissemos antes. Se assim fosse, estaríamos sempre, em cada caso, aplicando normas abstratas a fatos concretos a partir de um *grau zero de sentido*³⁴⁹.

O julgador pode justificar que não está extraindo seu raciocínio de um grau zero de sentido, pois se filia ele à sua própria pré-compreensão do direito. Isso quando promove interpretações em um plano de idealidade, lendo o ordenamento desconectado do mundo dos fatos. *“Um defeito comum nas definições é desconhecer a diferença entre o real e o ideal. É o que acontece, por exemplo, quando se define o Direito objetivo como o conjunto das normas jurídicas (que*

título “Mesmo com origem política, ministros do STF são independentes”, em http://www.conjur.com.br/2006-jan-26/mesmo_origem_politica_ministros_sao_independentes).

³⁴⁵ Em “História da Justiça e do Processo no Brasil do Século XIX”, Juruá, 2017, p. 11.

³⁴⁶ Afirma Paul Watzlawick em “*Les cheveux du Baron de Münchhausen – Psychothérapie et ‘réalité’*”: « Kant avait déjà remarqué que toute erreur de ce type consiste à prendre les façons dont nous définissons, déterminons ou déduisons nos concepts pour les choses elles-mêmes. » (...) « Ainsi, quand une interprétation du monde, une idéologie par exemple, prétend tout expliquer, une chose reste cependant inexplicable : le système interprétatif lui-même. » (...) « Mais l'idéologue considère comme inacceptable cette imperfection pourtant incontournable. Il déclare son interprétation du monde absolument vraie : elle doit tout prouver, donc sa propre véracité aussi. En essayant, malgré tout, d'atteindre l'impossible, l'idéologue politicien fait encore plus mauvaise figure que ses 'confrères' théologiens. »

³⁴⁷ Lenio Streck em “O que é isto – decido conforme minha consciência?”, p. 26.

³⁴⁸ *Op. cit.*, p. 40.

³⁴⁹ *Ibid ibidem*, p. 27.

manifestam um determinado ideal), deixando-se na sombra o processo consistente nas relações jurídicas reais” (Sérgio Sérulo da Cunha)³⁵⁰.

Neste sentido é que alerta Joseph Raz³⁵¹, em “O conceito de Sistema Jurídico”, que a filosofia do direito tem uma dupla tarefa: (a) identificar o material jurídico autoritativo e (b) formatar os princípios de individualização das disposições de lei, para definir quais matérias do sistema jurídico, como um todo, irão integrar uma dada disposição singular aplicada a um caso concreto.

O funcionamento de um Estado Jurislador mais psicológico-individualista do que jurídico-coletivo, poderia, sim, impactar negativamente no itinerário de formação da jurisprudência vinculante. Temos aqui dois problemas. Um, de ordem interpretativa individual: que pode arruinar o direito do caso concreto. Outro, de ordem coletiva de aplicação: que pode espalhar a catástrofe da interpretação ab-rogante do direito para os demais casos similares e amesquinhar a jurisfação do poder.

A única possível conciliação entre universalismos e particularismos é justamente permitir a hierarquia das condutas judiciais, a partir de um discurso de narrativas que se apoie nos fatos e na realidade circunstante, e em uma visão plural que tenda à busca de um consenso interpretativo. Isso somente será passível de obtenção se o teatro da atuação judicial ocorrer em um cenário mais amplo. Por esta razão, mais adiante, trataremos dos ajustes possíveis e necessários no sistema brasileiro de solução de conflitos.

7.2. Independência objetiva na construção da Jurisdição

O presente trabalho pretende deitar luzes sobre a estruturação do Estado Jurislador a partir dos elementos da Teoria Geral do Estado. Pretendemos debater o recrutamento de seus agentes e discutir as condições para exercer, pacífica ou forçadamente, o que se tem denominado autocontenção.

³⁵⁰ Em “Ética”, Editora Saraiva, 2012, p. 212.

A jurisprudência vinculante amplia a absorção de parte do poder político decisório dos demais poderes. Os precedentes possuem diferentes graus de aplicação, em relação aos comandos normativos votados, pois sua natureza jurídica como ato de poder é preponderante.³⁵²

A intersecção entre os espaços reservados à lei e à jurisprudência deve condicionar o suporte do sistema decisório pelos decididores-rationais, sem o que estaríamos diante de um caos jurídico. Porém, essa intersecção não pode envolver sobreposição de um poder sobre o outro. Isso aniquilaria um mínimo de segurança, pois as deliberações jurídicas não podem entrar em conflito com normas recebidas com caráter compulsório.³⁵³

Entre os vários fenômenos que se pode identificar, temos a judicialização, pela prática de ajuizamentos em série, e a juridicização, pela leitura da realidade a partir de instrumentais abstratos do direito. A leitura exorbitante que os atores da juridicização e da judicialização poderão promover sobre os fatos, a partir dos diferentes sistemas jurídicos (sistema do *common law* ou sistema romano-germânico, conforme já os cotejamos), poderá condicionar os caminhos a percorrer na obtenção de soluções judiciais em um ou outro sentido.³⁵⁴

Vale dizer: não existe solução antecipada do problema em abstrato, pois é no entrechoque de universalismos e particularismos que se encontra a solução

³⁵¹ Na versão italiana da obra, sob o título “Il concetto di sistema giuridico”, Il Mulino, 1977, tradução Paolo Comanducci, p. 118.

³⁵² Neil MacCormick, em “Argumentação Jurídica e Teoria do Direito”, tradução de Waldéa Barcellos, Martins Fontes, 2009, p. 279.

³⁵³ Neil MacCormick, em “Argumentação Jurídica e Teoria do Direito”, p 253 e p. 314.

³⁵⁴ Afirma Geoffrey Grandjean em “*Les juges: décideurs politiques? Essai sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction*” : « L'imbrication étroite des processus de juridicisation et de judicialisation nécessite, comme le rappellent très justement Jacques Commaille et Laurence Dumoulin, de bien les contextualiser. À cet égard, la distinction entre la tradition de la *common law* et du droit romano-germanique est fondamentale. Alors que dans le cadre de la première, 'le droit est d'abord associé à la société [...], une *law in action*, susceptible d'être [...] un droit des individus, des collectivités privées contre l'arbitraire du pouvoir, de l'intervention gouvernementale' ; dans le cadre de la seconde, 'le droit est l'expression de la souveraineté de l'État, un droit référence, une *law in books*.' ». Tradução livre: “A imbricação estreita entre os processos de juridicização e de judicialização necessita, com lembram com acerto Jacques Commaille e Laurence Dumoulin, e serem bem contextualizados. Nessa toada, a distinção entre a tradição do *common law* e do direito romano-germânico é fundamental. Uma vez que no quadro da primeira, ‘o direito é primeiramente associado com a sociedade [...], uma lei em ação, suscetível de ser [...] um direito dos indivíduos, das coletividades privadas contra o arbítrio do poder, e da intervenção governamental’; já no quadro

dos casos concretos. O universalismo justifica as normas, ao passo que o particularismo fundamenta as decisões. E ambos irão incidir sobre fatos tipicamente qualificados por normas³⁵⁵, cujo acoplamento depende da leitura de um julgador.

Em palestra proferida na sede da AASP (Associação dos Advogados de São Paulo), por ocasião do “Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil”, disse Ada Pellegrini Grinover em 26.08.2014: “*No vácuo do Legislativo temos um Juiz Protagonista. Estamos estendendo a mesma interpretação a fatos diversos*”.

Importante aqui o ensinamento de Michele Taruffo acerca da diferença entre universalismos e particularismos:

"A concepção aqui sumariamente exposta constitui uma versão específica, mas muito difundida, daquilo que os filósofos denominam “universalismo jurídico”, fundada essencialmente na ideia de que existem regras gerais destinadas a serem aplicadas de maneira uniforme pelos juízes, e que a decisão correspondente só se justifica se o caso particular que é objeto de decisão possa ser ‘subsumido’ em regra geral que deve ser aplicada da mesma forma em todos os casos iguais ou similares. Nesta versão, o elemento-chave é representado pelo fato de que - como vimos - se atribui à corte suprema a função para determinar quais são as regras gerais que devem ser aplicadas em cada caso, e qual é o

da segunda, ‘o direito é expressão da soberania do Estado, um direito de referência, uma lei nos livros”.

³⁵⁵ Segundo a tradição romana, o direito se origina dos fatos (“ex facto oritur ius”). Conforme já dizia Mario Rotondi, na Enciclopédia Italiana de 1932: “Un minuzioso esame e una rigorosa determinazione delle circostanze obiettive interessanti un rapporto giuridico qualsiasi e individuanti la cosiddetta fattispecie costituiscono quindi la necessaria premessa per l'applicazione della norma giuridica, e per la decisione delle controversie portate al giudizio del magistrato.”

E prosegue Mario Rotondi: “Per questo i noti brocardi ripetono da mihi factum, dabo tibi ius, ovvero ex facto oritur ius, cioè dal fatto scaturisce il diritto: il che però va inteso nel senso appunto che s'è detto, e cioè che solo dalla conoscenza esatta del rapporto di fatto si rende possibile la decisione giuridica di una controversia. Erroneo sarebbe invece il ritenere che la norma stessa scaturisca dai fatti cioè che la natura dei fatti costituisca essa stessa una fonte di diritto. A ciò osta la considerazione logica che la norma giuridica in base alla quale si deve giudicare, deve necessariamente preesistere ai fatti sui quali la valutazione si deve portare; deve preesistere all'attuazione di quei comportamenti umani che il diritto si propone appunto di guidare e di indirizzare, e non già solo di reprimere eventualmente, dopo ch'essi siano posti in essere.”

Ou seja: apenas a partir de um minucioso exame e de uma rigorosa determinação das circunstâncias objetivas relevantes é que qualquer relação jurídica individualizada poderá ser revestida por um fato típico, configurando-se nesta subsunção do fato ao tipo, por conseguinte, a necessária premissa para a aplicação da norma jurídica para a decisão da controvérsia trazida para juízo decisório do magistrado.

significado estável que a cada regra deve ser dado em cada caso” (tradução livre).³⁵⁶

Michele Taruffo está preocupado com a estabilidade conceitual, que deixa de ser estabilidade efetiva sem uniformidade dos conceitos jurídicos, os quais se apoiam nas regras gerais. E prossegue ele com a visão crítica sobre a aplicação mecânica das normas que pode não atender à complexidade do caso concreto:

“O universalismo jurídico é objeto de várias críticas, fundadas sobretudo na consideração – que já constitui lugar-comum entre os filósofos do direito – de que a decisão não é o fruto da aplicação mecânica de normas gerais, mas que em vez disso a aplicação da norma não pode ocorrer a não ser fazendo referência à complexidade do caso particular sobre o qual se aplica a decisão. As diretrizes gerais que de vários modos seguem está perspectiva se indicam comumente como ‘particularismo jurídico’, e fazem referência em particular ao raciocínio com o qual se formulam as decisões judiciais.”³⁵⁷

Em suma: fingir conexão com os fatos não resolve a necessidade relacional de acoplamento entre fatos e o regime jurídico que os qualifica. A norma de decisão, adjudicada para o caso concreto, deve nascer deste acoplamento. É irregular a posição do árbitro da produção de provas processuais que age de ofício

³⁵⁶ Michele Taruffo na Conferência AASP/USP, em agosto de 2014, sobre a visão processual-hermenêutica aplicável ao entrelaçamento entre universalismos e particularismos. No original em italiano: “La concezione che si è sommariamente esposta costituisce una versione specifica, ma assai diffusa, di ciò che i filosofi chiamano “universalismo giuridico”, fondata essenzialmente sull’idea che esistano regole generali destinate ad essere applicate in modo uniforme dai giudici, e che la relativa decisione si giustifichi solo se il caso particolare che è oggetto di decisione può essere “sussunto” in una norma generale che deve applicarsi allo stesso modo in tutti i casi uguali o simili. In questa versione, l’elemento caratterizzante è rappresentato dal fatto che – come si è visto - si attribuisce alla corte suprema la funzione di stabilire quali sono le regole generali che debbono essere applicate in ogni singolo caso, e qual è il significato costante che ad ogni regola generale deve essere attribuito in ogni singolo caso.”

³⁵⁷ No original: “L’universalismo giuridico è oggetto di varie critiche, fondate soprattutto sulla considerazione – che ormai costituisce un luogo comune tra i filosofi del diritto- che la decisione non è mai il frutto dell’applicazione meccanica di norme generali, e che invece l’applicazione della norma non può avvenire se non facendo riferimento alla complessità del caso particolare su cui verte la decisione. Gli orientamenti che in vario modo seguono questa prospettiva si indicano comunemente come “particolarismo giuridico”, e fanno riferimento in particolare al ragionamento con cui si formulano le decisioni giudiziarie.”

em situações não previstas no ordenamento.³⁵⁸

Este complexo entrelaçamento entre particularismos e universalismos não deve servir de território para que os magistrados desconsiderem normas de ordem pública. Isto porque poderiam estar assumindo a produção de conteúdo normativo não previsto, sem o filtro da legitimação democrática, e em prejuízo da parte contrária no processo. As regras de apreensão dos fatos são critérios que garantem a paridade de armas e protegem todos os sujeitos no processo. O enquadramento legal dos fatos deve ocorrer com a cooperação³⁵⁹ de todos com a colheita da prova sob o crivo do contraditório³⁶⁰.

Segundo Cappelletti, “*é natural que toda interpretação seja criativa e toda interpretação judiciária ‘law making’*”³⁶¹. O que não significa que a criatividade possa ser uma construção individual do magistrado no caso a caso, pois isto traria instabilidade ao sistema.³⁶² Interpretação criativa para a ampliação dos direitos do

³⁵⁸ E prossegue Michele Taruffo: “O particularismo se apresenta sob diversas versões, algumas das quais são muito radicais e chegam a sustentar que a decisão deveria fundar-se apenas sob as circunstâncias particulares do caso concreto, sem qualquer referência a normas. Não há necessidade de levar em consideração aqui essas teses. Pode-se, todavia, observar que mesmo se seguirmos versões moderadas do particularismo, como aquela que acredita que ainda ser necessária a referência a regras gerais, mesmo quando a decisão incide sobre as particularidades do caso específico, pois é ainda a ênfase que é dada aos elementos particulares que determina a configuração da regra que constitui o critério de decisão” (tradução livre). No original: “Il particolarismo si presenta in diverse versioni, alcune delle quali sono assai radicali e giungono a sostenere che la decisione dovrebbe fondarsi soltanto sulle circostanze particolari del caso concreto senza alcun riferimento a norme. Non è il caso di prendere qui in considerazione queste tesi. Si può tuttavia osservare che anche se si seguono versioni moderate del particolarismo, come quella che ritiene pur sempre necessario il riferimento a regole generali anche quando la decisione si concentra sui particulars del caso specifico, è pur sempre il rilievo che viene dato ai ‘particulars’ che determina la configurazione della regola che costituisce il criterio di decisione.”

³⁵⁹ Diz o novo CPC/15: “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

³⁶⁰ Diz o novo CPC/15: “art. 7º. É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.”

³⁶¹ Em “Juízes Legisladores?”, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre 1993, reimpressão 1999, trad. de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, pp. 24/25.

³⁶² E prossegue Cappelletti em sua reflexão na mesma obra o papel dos juízes legisladores: “Desnecessário acentuar que todas essas revoltas conduziram à descoberta de que, efetivamente, o papel do juiz é muito mais difícil e complexo, e de que o juiz, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais. Escolha significa discricionariedade, embora não necessariamente arbitrariedade; significa valoração e ‘balanceamento’; significa ter presentes os resultados práticos e as implicações morais da própria escolha; significa que devem ser empregados não apenas os argumentos da lógica abstrata, ou talvez os decorrentes da análise linguística puramente normal, mas também e sobretudo aqueles da história e da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia. E assim o juiz não pode

coletivo de atores processuais sim; para restringir o acesso a direitos materiais de algum jurisdicionado isolado: nunca !

O grande tema então é saber sobre os limites para uma correta interpretação das normas a partir das possibilidades reais dadas ao Judiciário, em especial ao Supremo Tribunal Federal de “errar em último lugar” (expressão esta tantas vezes repetida por seus Ministros). Claro que o “código não pode tudo prever”, para usar a célebre formulação de Portalis (EFI)³⁶³ em seu discurso de introdução do Código Civil Francês de 1804³⁶⁴. Mas isso não significa que o

mais se ocultar, tão facilmente, detrás da frágil defesa da concepção do direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma ‘neutra’. É envolvida sua responsabilidade pessoal, moral e política, tanto quanto jurídica, sempre que haja no direito abertura para escolha diversa. E a experiência ensina que tal abertura sempre ou quase sempre está presente.” Ob. cit., p. 33.

³⁶³ Tal texto é de domínio público e “encontrável facilmente na internet” (EFI - “easily found on the internet”). Cf. Portalis, no « Discours préliminaire du premier projet de Code civil (1801) » os códigos do povo se perfazem com o tempo. Diz o original : « Il faut que le législateur veille sur la jurisprudence ; il peut être éclairé par elle, et il peut, de son côté, la corriger ; mais il faut qu’il y en ait une. Dans cette immensité d’objets divers, qui composent les matières civiles, et dont le jugement, dans le plus grand nombre des cas, est moins l’application d’un texte précis, que la combinaison de plusieurs textes qui conduisent à la décision bien plus qu’ils ne la renferment, on ne peut pas plus se passer de jurisprudence que de lois. Or, c’est à la jurisprudence que nous abandonnons les cas rares et extraordinaires qui ne sauraient entrer dans le plan d’une législation raisonnable, les détails trop variables et trop contentieux qui ne doivent point occuper le législateur, et tous les objets que l’on s’efforcera inutilement de prévoir, ou qu’une prévoyance précipitée ne pourrait définir sans danger. C’est à l’expérience à combler successivement les vides que nous laissons. Les codes des peuples se font avec le temps ; mais, à proprement parler, on ne les fait pas. »

³⁶⁴ Neste sentido, a posição de Jacques Krynen no texto “L’incoercible gouvernement des juges. Sur l’intérêt d’étudier la magistrature dans la longue durée historique”, publicado na Revista do grupo de pesquisa Diké da Universidade de Toulouse sob o nome “Histoire des justices en Europe” (2014-2015), quando na p. 11, ensina: “Portalis fut un formidable porte-parole de cette réalité. De son Discours préliminaire au projet de Code civil, prononcé le 21 janvier 1801 devant le Conseil d’Etat, de ce très fameux texte on n’a pas assez retenu que tout en faisant l’éloge de la codification, il relativisait sur une dizaine de pages la portée du Code, en délivrant un véritable plaidoyer antilégaliste. Portalis fustige le courant ultralégaliste à l’oeuvre durant les dix années de révolution. On s’est trompé, explique-t-il, en sublimant le magistère de la loi, on se tromperait en pensant qu’un Code peut tout prévoir. Il y a une science pour le législateur, une science pour le magistrat. La science du législateur consiste à trouver les principes les plus favorables au bien commun. Celle du magistrat à mettre ces principes en action, à les ramifier, les étendre par une application sage et raisonnée dans les espèces qui lui sont soumises. Portalis plaide la fonction interprétative et donc médiatrice du juge, s’inscrit totalement en faux de la conception révolutionnaire du juge esclave de la loi. C’est au magistrat, dit-il, pénétré de l’esprit général, d’en « diriger l’application ». Les mots, les notions, les expressions, son style même nous projettent en pleine idéologie judiciaire ancienne. Portalis parle comme d’Aguesseau, comme Domat, lesquels parlaient de l’office du juge comme les jurisconsultes du Moyen-Age. Face à la faiblesse et à l’abstraction congénitale de la loi (générale, abstraite, impersonnelle) il incombera toujours, nécessairement, au juge, d’étudier l’esprit de la loi. La loi est un texte muet, il faut un juge pour la faire vivre. Il faut faire confiance à « l’arbitrage » des juges, à leur libre-arbitre (à leur arbitrium), fait de science juridique et de conscience morale. La condamnation du légalisme est totale. Portalis va même jusqu’à réhabiliter l’équité, bannie à la Révolution : « L’équité est le retour à la loi naturelle, dans le silence,

intérprete possa torcer e retorcer a interpretação, atingindo o piso mínimo da separação dos poderes que precisa sobreviver para que, no caso do direito brasileiro, a cláusula pétrea prevista no §4º do inc. III do art. 60 não seja integralmente arranhada.

Este ponto dúctil entre direito e governo foi bem percebido por Martine Valois na obra “L’indépendance Judiciaire”:

“O direito positivo é um direito mutante que deve se ajustar às circunstâncias de lugar e tempo; ele não é simplesmente arbitrário. A variabilidade do direito não modifica seu caráter normativo, na medida em que o direito permanece funcionalmente diferenciado do resto do sistema social e que as fronteiras do sistema são claramente definidas” (tradução livre).³⁶⁵

A inspiração abertamente luhmanniana da professora canadense fica clara em sua precompreensão do que seja norma, bem como da abertura hermenêutica no preenchimento das projeções normativas³⁶⁶. Para que o direito vigente não engesse a realidade, é necessário que aceitemos a ductibilidade no coeficiente de torção da norma. O direito encampa discursos sociais e os juridiciza:

l’opposition ou l’obscurité des lois positives». Et ce qu’il plaide, en définitive, c’est la complémentarité de l’action législative et de l’action judiciaire. Tout le droit n’est pas dans la loi. Le politique ne peut rien sans la coopération du juge. Il faut une collaboration des pouvoirs, pas une séparation qui laisserait imaginer que le politique peut tout.”

³⁶⁵ Les Éditions Thémis-Schulthess, 2011, p. 210. No original: « Le droit positif est un droit changeant qui doit s’ajuster aux circonstances de lieu et de temps ; il n’est pas pour autant arbitraire. La variabilité du droit ne modifie pas son caractère normatif, dans la mesure où le droit demeure fonctionnellement différencié du reste du système social et que les frontières du système sont clairement définies. »

³⁶⁶ Afirma Martine Valois na mesma obra já referida: « Dans la théorie de la procédure élaborée par Luhmann, la fonction de la législation dans le droit positif ne réside pas dans la création ou la production du droit, mais dans la sélection de normes et l’attribution d’une valeur symbolique qui lui donne force de loi. Tant le législateur que le juge rendent des décisions à partir des projections normatives qu’ils sélectionnent avec plus ou moins de liberté. La législation n’est qu’un filtre procédural par lequel toutes les réflexions sur le droit doivent passer pour être reconnues comme du droit valide. Le droit positif n’est donc pas créé par la législation et appliqué par les juges ; il dépend essentiellement d’une variable qui est la décision ». Tradução livre: “Na teoria procedimental elaborada por Luhmann, a função da legislação no direito positivo não reside apenas na criação ou na produção do direito, mas sim na seleção de normas e na atribuição de um valor simbólico que lhe atribui força de lei. Tanto o legislador quanto o juiz proferem decisões a partir de projeções normativas que eles selecionam com maior ou menor liberdade. A legislação não é nada mais que um filtro procedimental pelo qual todas as reflexões sobre o direito devem passar, a fim de serem reconhecidas como direito válido. O direito positivo não é, portanto, criado pela legislação para fins de mera aplicação pelos juízes; o surgimento do direito depende essencialmente de uma variável que é a decisão” (pp. 210/211).

os torna absolutos porque ficam submetidos exclusivamente às regras jurídicas para fins de conformação da realidade política. O absolutismo jurídico, tal qual esquadrinhado por Paolo Grossi, começava a aparecer já no século XVII, segundo Niklas Luhmann:

“Indícios de uma constelação mutável se fazem notar desde a segunda metade do século XVI, sobretudo no século XVII. Esses indícios, que se encontram na *potestas legislativa* [poder legislativo] como componente do conceito de soberania no início da modernidade, são então revalorizados, e a eles se recorre com maior frequência para impor a ideia do ordenamento do Estado territorial moderno. De maneira quase imperceptível, a compreensão legislativa passa do contexto da *iurisdictio* (as leis dizem o que é conforme ao direito) no contexto da soberania, e nesse processo fundem-se, durante séculos, as ideias de soberania jurídica e as de soberania política.”³⁶⁷

E a partir daí institucionalizam-se as expectativas para que o poder jurídico se exerça sobre as leis que originariamente decorreram de outro ato de poder. Daí Miguel Reale sempre insistir que o elemento conjuntura (viva e diacrônica) está presente no fato, no valor e na norma. Seja no momento da normogênese, seja no momento da subsunção. Para Luhmann: “o código do poder precisa garantir uma possibilidade de relação entre relações”³⁶⁸. E ainda Luhmann, na obra “Sociologia do Direito”: “As instituições se fundamentam, então, não na concordância fática de determináveis manifestações de opiniões, mas sim no sucesso ao superestimá-las.”³⁶⁹

Quem tem maior força para impor a sua opinião individual perante a coletividade promove institucionalmente a jurisfação do poder, pois controla a formação da compreensão do direito. Daí dizermos, por vezes, que algumas normas “não pegam” ou que certas interpretações são simplesmente “abandonadas” (pois não houve força para fazê-las prevalecer no tempo). E o desafio está em conservar o valor normativo ao longo do tempo, pela preservação

³⁶⁷ Niklas Luhmann, em “O direito da sociedade”, Martins Fontes, 2016, p. 402.

³⁶⁸ No livro “Poder”, Editora UnB, 1985, pp. 19/20.

³⁶⁹ Editora Tempo Brasileiro, 1983, p. 84.

da juridicidade das expectativas que nascem com o desenvolvimento social.³⁷⁰

O Estado Jurislador, pela leitura que nós fazemos do atual sistema de tripartição de poderes brasileiro, deixa, portanto, um enorme papel nas mãos da magistratura, com o embate entre normas presumidas como democráticas e juízes não-eleitos. No sistema do “common law”, no qual o direito é revelado, de ordinário, por interpretação, é antiga a preocupação com os riscos de uma atuação subjetiva dos magistrados, quando desconectada da realidade material do caso concreto. Daí os grandes debates sobre os “vieses” individuais e sobre o “judicial activism” no sistema inglês³⁷¹ e no sistema norte-americano³⁷². A mesma sorte de problemas pelos quais já passaram os ingleses irá ocorrer no Brasil.

Acolha-se ou não a explicação luhmanniana para a possibilidade de reinterpretar o sistema normativo no tempo, o fato inegável é que os magistrados

³⁷⁰ Ouçamos novamente a explicação de Martine Valois ainda na obra “L’indépendance Judiciaire” sobre sua visão acerca do modo de sobrevivência das normas em uma realidade cambiante:

“O desafio do direito é de conservar um dado valor normativo apesar da variabilidade de seus programas; quando esta condição é respeitada, o direito conserva seu caráter contrafático. O direito positivo preenche adequadamente sua função quando ele permite a síntese de expectativas altamente improváveis e arriscadas que nascem com o desenvolvimento social. Se o direito positivo moderno restar ‘adaptado’ às novas formas de relações sociais, isso não quer dizer que o direito existe para responder às necessidades funcionais de outros sub-sistemas. O direito positivo mantém sua independência diante de necessidade outros subsistemas via fechamento normativo, pois de outro modo a diferenciação do sistema jurídico não seria completa e o direito não poderia manter seu caráter contrafático.” (tradução livre) Cf. Valois, *op. cit. et loc. cit.* No original: « Le défi du droit est de conserver une valeur normative malgré la variabilité de ses programmes; lorsque cette condition est respectée, le droit conserve son caractère contrefactuel. Le droit positif remplit adéquatement sa fonction lorsqu’il permet la synthèse des attentes hautement improbables et risquées qui naissent avec le développement social. Si le droit positif moderne s’est ‘adapté’ aux nouvelles formes de rapports sociaux, cela ne veut pas dire qu’il existe pour répondre aux besoins fonctionnels des autres sous-systèmes. Le droit positif maintient son indépendance vis-à-vis des besoins des autres sous-systèmes sociaux par la fermeture normative, autrement la différenciation du système juridique ne serait pas complète et le droit ne pourrait maintenir son caractère contrefactuel. »

³⁷¹ Neste sentido os capítulos “7.4 Do Judges have Biases?” e “7.5. Should Judges be Activists?” da obra “The Law-Making Process” de Michael Zander (2015) e a obra “Judicial Activism in Common Law Supreme Courts” de Brice Dickson (2010).

³⁷² No artigo “The Origin and Current Meaning of Judicial Activism” acima citado, Keenan D. Kmiec, retoma a posição de Schlesinger, na revista “Fortune” de 1947, sobre o embate entre juízes não-eleitos e normas democraticamente votadas: “Schlesinger’s article contributes to legal scholarship and popular debate as the first significant commentary on “judicial activism.” Schlesinger suggests the layers of the clash: unelected judges versus democratically enacted statutes; results-oriented judging versus principled decisionmaking; strict versus creative use of precedent; democratic supremacy versus human rights; law versus politics; and other equally fundamental dichotomies. Yet, even this initial effort exhibits some of the symptoms of the classic malady that has infected modern discussions of judicial activism.” Na California Law Review, October 2004, Vol. 92, Issue 5, p. 1446.

brasileiros estão se apropriando de mecanismos dos sistemas do “case law” para os aplicar no Brasil, sem uma séria preocupação sobre os limites para a composição do conteúdo da norma.

Em nosso sistema brasileiro, portanto, as súmulas de julgamento, vinculantes ou não, não poderiam sequer ser aceitas como precedentes em tese, se desconectadas dos fatos do mundo da vida. Pois, a ser assim, os precedentes serviriam para modalizar e engessar a realidade, e não para dar maior operatividade para o sistema decisório e recursal brasileiro. A moderna visão de fundamentação ou de expedição de súmulas foi pensada para fins de ampliar a rápida solução dos litígios, e não para aniquilar a segurança jurídica com decisões que criem “ex nihilo” soluções para os casos (ou para a leitura da prova, ou para a gestão dos ônus processuais, etc.).

Reconhecer-se o caráter contrafático do sistema jurisprudencial visa o progresso hermenêutico, e não o regresso, na aplicação de valores já assentados há muitas e muitas gerações. Conforme já afirmamos anteriormente “os direitos fundamentais representam os princípios jurídicos irretrotraíveis, que consagram *avanços nascidos da luta e da experiência de muitas gerações (HESSE)*”³⁷³.

7.3. Construção coletiva da jurisprudência

O papel de interpretar cada caso concreto não é estático. A cada novo caso existe o dever de evolução jurídica na esteira do desenvolvimento social. Todos os sujeitos no processo têm o dever de cooperação na construção de sentido, e não apenas os integrantes do Judiciário.

Os arts. 926 e 927 do CPC/2015³⁷⁴ consagram, sim, uma tendência que

³⁷³ Cf. Georghio Tomelin, no artigo “A quadratura dos direitos fundamentais nos diferentes círculos judiciais de eficácia: Brasil-Alemanha”, Edições Especiais da Revista dos Tribunais – 100, Vol. I – Teoria Geral dos Direitos Humanos, organizadoras Flávia Garcia e Maria Garcia, p. 338.

³⁷⁴ Afirma Eduardo Cambi na obra “Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo”: “Já o Novo Código de Processo Civil ampliou significativamente a força dos precedentes judiciais como genuína fonte do direito, podendo-se salientar, dentre outras, as seguintes regras: i) Art. 489, §1º, inc. V: é nula a decisão que se limitar a invocar precedente sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; ii) Art. 489, §1º, inc. VI:

já vinha sendo defendida por autores importantes do processo civil e do processo constitucional brasileiros. Tais artigos, todavia, não podem ser utilizados como cheque-em-branco para fins de decidir e vincular processos de modo autônomo ou totalmente à margem das pautas legislativas³⁷⁵. A construção de sentido é objetivamente coletiva e subjetivamente independente, por mais paradoxal que possa parecer tal afirmação.

Nesta mesma medida, temos que diferenciar a súmula cuja densidade decisória nasce nas instâncias inferiores (a partir da realidade fática de casos reais), daquela tirada diretamente de procedimentos originários das instâncias superiores (como meio de transpassar os custos do processo legislativo congressional).

E, nesse aspecto, a fundamentação será o elemento de conexão que demonstra, a um só tempo, a independência judicial em relação às forças externas. Um julgamento sem subjetivismos, posto dependente do próprio sistema jurídico gestado coletivamente no seio das instituições. É assim que o texto da decisão prova sua imparcialidade em relação aos interesses em jogo, se avaliados com neutralidade em relação às partes. A gênese de cada decisão judicial individual deve passar pelo mesmo ciclo de válida formação de uma norma abstrata produzida com isenção pelo Parlamento. A neutralidade se comprova caso a caso, e não como macromodelo de justicialidade. Assinala Fernando Dias Menezes de

é nula a decisão que deixar de seguir precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento; iii) Art. 926, caput: os Tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente; iv) Art. 926, §2º: ao editarem os enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação; v) Art. 927, §5º: os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores; vi) Art. 988, inc. IV: caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para garantir a observância de enunciado de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou de incidente de assunção de competência; vii) Art. 1.042, §1º, inc. II: cabe ao agravante demonstrar, de forma expressa, sob pena de não conhecimento do agravo, a existência de *distinção entre o caso em análise e o precedente invocado*, quando a inadmissão do recurso especial ou extraordinário fundar-se em entendimento firmado em julgamento de recurso repetitivo por tribunal superior ou de recurso extraordinário fundar-se em decisão anterior do STF de inexistência de repercussão geral da questão constitucional discutida; viii) Art. 925, §3º: nas hipóteses de alteração da jurisprudência dominante do STF e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos de alteração no interesse social e no da segurança jurídica.” (Em “Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo – direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário”, 2016, p. 183).

³⁷⁵ Alerta Lenio Streck, em “O que é isto – decido conforme minha consciência?”, p. 29, sobre o risco de se defender uma postura aberta na construção coletiva de sentido, para ao final colocar a tônica da força decisória na atuação isolada do juiz que simplesmente sente e assim sentencia.

Almeida sobre o ponto:

“A criação normativa, essencialmente consistente em ato de vontade, envolve, em todas suas etapas, decisão. Para seguir com Celso LAFER, referindo-se às democracias contemporâneas:

“a gênese das normas se prende a um complexo processo decisório, por meio do qual as instituições políticas, no exercício de uma função hierárquica de gestão da sociedade, convertem preferências e aspirações de grupos ou indivíduos em decisões públicas. [‘Prefácio’ (a Poder e Legitimidade), pp. 10-11.]”

“Essas decisões, no plano jurídico, principiam na produção das normas constitucionais e, em caso de litígio, chegam até a decisão jurisdicional.

“Se tradicionalmente a jurisdição judicial no Brasil edificou-se segundo um paradigma de pretensa neutralidade política, isso não é um dado inexorável do macromodelo da justicialidade dos Estados de direito ocidentais.”³⁷⁶

Concordamos integralmente com Fernando Dias Menezes de Almeida: o processo decisório implica a criação jurídica, que principia na produção de normas constitucionalmente adequadas e vai até a decisão jurisdicional. E sem imparcialidade, neutralidade e independência, teremos uma decisão jurisprudencial vinculante inválida, pois servirá para reorganizar a sociedade se fundamento constitucional.

A lei é um instrumento de mediação, afirma Yves Lemoine na obra “A Lei, o Cidadão, o Juiz”³⁷⁷. E prossegue Lemoine: a Lei substitui o monarca e em seguida o elimina³⁷⁸. Muitos membros e órgãos do Judiciário ainda não entraram na República, e talvez a explicação disto esteja na precitada afirmação de Lemoine.

Para este tipo de magistrados, que Lenio Streck qualificou de solipsistas, a denominação Corte é mais do que uma referência histórica ou tradicional, é uma verdade auto-emulatória. Lenio Streck segue a linha de Theodor Adorno, que já denunciava a barbárie dentro do sujeito, o qual acaba viciado em si mesmo. Diz Adorno no estudo sobre “conteúdo da experiência”, apoiado na obra de Hegel:

³⁷⁶ Tese de Concurso para professor titular da USP, 2013, pp. 399/400. Pela Editora Quartier Latin, em 2015, pp. 427/428.

³⁷⁷ Cf. Yves Lemoine, em “La Loi, Le Citoyen, Le Juge”, Flammarion, 1990, p. 200.

³⁷⁸ Cf. Yves Lemoine, *op. et loc. cit.*

“O indivíduo que, devido àquilo que lhe deve ser dado imediatamente, considera a si mesmo como o fundamento legítimo da verdade, obedece à cegueira coletiva de uma sociedade que desconhece a si mesma, na medida em que, necessariamente, se põe como individualista.”³⁷⁹

É óbvio que o sujeito, em sua barbárie interna, tende a confundir o texto da norma com sua leitura exclusivista do mesmo. Imerso em uma sociedade individualista, exerce o seu individualismo no espaço deixado entre a norma estrita e os valores gerais do direito. O modo para impedir este processo seria a sociedade conhecer-se a si mesma ou, minimamente, o método no direito forçar a soluções jurídicas de maior alcance coletivo.

O direito, sim, é maior do que a norma: talvez esse o maior tema da hermenêutica e da filosofia do direito. Foi justamente esta problemática que estimulou Bobbio a ir para o mundo da filosofia, depois que seu professor Einaudi o advertiu para que não acreditasse tanto assim na força da lei (o que sempre é lembrado por seu amigo Mario Losano, em suas palestras na Universidade de São Paulo e na PUC/SP).

Mesmo para quem não tenha profundo conhecimento da Teoria Geral do Direito, isto é quase uma obviedade: os juízes alocam as normas sobre os fatos selecionando regimes jurídicos ao sabor das paixões e compreensões de consciência de classe, por vezes totalmente individualizadas (até porque a razão é escrava das paixões). Muitos magistrados em geral não se sentem pressionados pela densidade da cultura jurídica. O que se torna ainda pior quando acabam pressionados pela mídia ou por forças externas.

No livro “O Reino da Lei”, Paul W. Kahn relembra que *Jefferson via os juízes do mesmo modo que outros atores políticos: todos sujeitos à remoção e à censura popular.*³⁸⁰ E conclui Kahn, no sentido de que: *o papel da corte não é criar a norma, mas sim alocá-la; que para tanto o juiz deve ser eliminado como figura*

³⁷⁹ Cf. Theodor W. Adorno, na obra “Três estudos sobre Hegel”, Editora Unesp, tradução de Ulisses Razzante Vaccari, 2013, p. 145.

³⁸⁰ Cf. Paul, Kahn, in “The Reign of Law”, editado por Yale University Press, 1997, p. 113, no capítulo em que trata da regra de direito e da supressão do sujeito - “The Rule of Law and the Suppression of the Subject”.

*subjetiva individual; e que a corte judicial não pode ignorar as múltiplas vozes criticando a lei, estejam elas dentro ou fora da bancada.*³⁸¹

A independência judicial não deve ser vista como uma atribuição de roupagem magnanimamente subjetiva do juiz. Somente uma visão objetiva da independência dará força ao exercício da isenção pelos magistrados, que na sua imensa maioria, a nosso sentir, deseja agir em prol de um sentimento de Justiça que visa o bem comum.

O discurso sobre o espírito do povo não serve como manifesto de uma escola histórica cujos fatos históricos escapam do controle do Judiciário. Se tal discurso fosse suficiente serviria para legitimar toda sorte de abusos, o que já foi demonstrado por Hannah Arendt.

Basta lembrar que a solução final da questão judaica (“Endlösung der Judenfrage”), referindo-se ao extermínio, foi a expressão usada por Reinhard Heydrich, com o beneplácito da cúpula das autoridades na Alemanha em 1942. Naquele momento, as autoridades alemãs mais graduadas se sentiam filtrando o inconsciente coletivo nacional, quando unanimemente havia, isto sim, uma perseguição destrutiva em curso.

Somente uma concepção coletiva publicizada da independência decisória, objetivamente constatável em direção à implementação de cada direito, pode proteger o sistema de abusos sistêmicos ou de pontuais assimetrias. Essa construção, no direito brasileiro, tem como ponto de partida o pluralismo de ideias e instituições. Eis aí o único critério que pode impedir que um discurso ideológico único se aproprie do Estado Jurislador.

Juízes efetivamente independentes são os que atuam dentro de um Judiciário coletivamente construído sob os auspícios da racionalidade jurídica como meio de buscar interpretações plurais tendentes ao consenso.

³⁸¹ Ob. cit. Os trechos acima transcritos e interpretados já em português são os seguintes: “The role of a court is not to create law but to allocate an already existing law” (p. 110); “The separation of the rule of law from the rule of men requires the suppression of the appearance of the judge as an individual subject” (p. 116); “The Court cannot ignore the multiple voices criticizing the law, both on and off the Bench” (p. 132).

CAPÍTULO 8. QUEM COMANDA A EXCEÇÃO?

O século XIX foi o século do Poder Legislativo, da legitimação democrática. Naquele momento ela se autoafirmou, em definitivo, eis que a lei não seria mais apenas algo que foi escrito (um dos sentidos de “lego” em latim, que significa ler em voz alta) mas sim algo transcendente, que pudesse posteriormente ser lido e respeitado.

O século XX qualificou-se pela prevalência do Poder Executivo, e não são poucos os exemplos de atividade administrativa, determinada por decreto, que suplantaram a produção de normativas votadas pelo Parlamento (na Alemanha até mesmo a Constituição de Weimar foi sendo modificada por decretos).

O século XXI será o século do Judiciário³⁸², que terá que enfrentar os resquícios de um Executivo hipertrofiado e de um Legislativo com uma multiplicidade heterogênea de atores. No Brasil é comum enfatizar a qualidade cultural dos constituintes de 1946, em contraposição ao sertanejo popular do Legislativo do Século XXI. O fato inegável é que a base alargada atual melhor representa a heterogeneidade do povo brasileiro. Somos o que somos.

O papel do Judiciário neste século XXI será o de manter alto o nível de leitura das normas. Impedir que direitos fundamentais sejam emasculados. Ampliar o Estatuto do Cidadão. Garantir celeridade que objetivamente defira acesso aos direitos ao maior número possível de jurisdicionados. Sem esquecer a máxima carneluttiana, segundo a qual *se a justiça é segura não é rápida, e se é rápida não é segura*. A virtude está no meio. Neste sentido afirma Enrique Ricardo Lewandowski:

“Nesse contexto, o Judiciário confinado, desde o século XVIII, à função de simples *bouche de la loi*, ou seja, ao papel de mero intérprete mecânico

³⁸² Conforme já assinalado anteriormente, o mesmo raciocínio sobre a evolução da função judicial no século XXI foi feito por Enrique Ricardo Lewandowski em palestra proferida na Escola de Direito da FGV em 29 de agosto de 2009, publicada na Revista de Direito Administrativo v. 251 (maio/agosto 2009), sob o título em “O protagonismo do Poder Judiciário na era dos direitos”.

das leis, foi pouco a pouco compelido a potencializar ao máximo sua atividade hermenêutica de maneira a dar concreção aos direitos fundamentais, compreendidos em suas várias gerações. Ocorre que, assegurar a fruição desses direitos, hoje, de forma eficaz, significa oferecer uma prestação jurisdicional célere, pois, como de há muito se sabe, justiça que tarda é justiça que falha. Entre nós, inclusive, incluiu-se, recentemente, na atual Constituição um novo direito do cidadão: o direito à “razoável do processo”.³⁸³

Há autores, todavia, que têm defendido que a segurança jurídica não existe mais, e que estaríamos imersos em um estado de exceção, mascarado com ares de juridicidade. A compreensão do funcionamento do Estado Jurislador irá demonstrar que ajustes são necessários, mas que não estamos diante de um momento de ruptura institucional. Em nossa visão, um sistema judicializado pode até ser mais seguro, desde que amplamente publicizado e fiscalizado por todos os atores sociais.

A aplicação dos institutos do direito, como limites para o exercício de atribuições políticas, é uma realidade inafastável no grau civilizatório atual de aplicação das normas. Transformar tudo em estado de exceção equivaleria a transformar em nada o sistema jurídico, e a partir daí nada mais poderia ser construído. O poder é uno e se triparte em diferentes funções, que de modo pendular se interpenetram e se autocontrolam.

Basta verificar que toda a sistemática de aplicação de institutos jurídicos não rompe com o sistema de fiscalização abstrata de constitucionalidade, pois os Tribunais continuam operando normalmente, e respostas têm sido oferecidas para as demandas que são postas para apreciação judicial. Entender que o Judiciário está solto e que pode decidir qualquer tema “ab ovo et ex novo” é o que gera a comparação com o conceito de estado de exceção, no qual alguém assume sozinho o comando na exceção ou na emergência. Não é o caso brasileiro.

Isto não conflita com a atual operacionalização da produção normativa, em abstrato, que passa a ser conduzida, em importante medida, por critérios de racionalidade jurídica, em substituição de uma apriorística discricionariedade

³⁸³ Discurso de posse do Ministro Lewandowski na Presidência do Supremo Tribunal Federal em 10 de setembro de 2014.

política apoiada exclusivamente em legitimação democrática decorrente do sistema representativo.

Não há ruptura institucional em curso. Entender que tudo se resume em estado de exceção equivaleria a abrir mão de tratar juridicamente do tema, e nos deixaria nas mãos de uma solução revolucionária que viesse para coarctar o exercício das funções que o Judiciário já assumiu (o que não parece ser hoje uma solução que possa plausivelmente ocorrer).

Defendemos aqui a sistemática de aplicação do direito aos fatos e de imposição dos julgados interpretativos das instâncias superiores como mecanismo de uniformização das decisões judiciais, desde o primeiro grau, até ao STF. Para tanto, a composição da Corte Suprema precisa ser revista, como meio de trazer a complexidade do debate político-jurídico para dentro das fronteiras racionais da justiça, mediante uma representação mais plural da sociedade nos seus quadros.

8.1. O coeficiente de elasticidade das normas

Para muitos intérpretes modernos, o conteúdo real da norma jurídica nasce no momento da sua aplicação. Friedrich Müller, por exemplo, assevera que “*a norma jurídica é mais do que o seu teor literal*”³⁸⁴. Daí decorre sua teoria sobre a *norma aplicanda* (gerundivo de aplicar). Disso exsurge, politicamente, a força dos juízes para usar e abusar de suas competências. Uma tal visão coloca a força da norma no seu impacto, e não apenas nas condicionantes da previsão normativa em tese.

Conforme vimos acima, o sujeito cognoscente, no direito, tem uma tendência a aplicar seus próprios valores morais. Em razão disso, Kelsen constrói todo um edifício positivista no pressuposto de que isto poderia esterilizar o direito, desindexando-o da influência da moral ou do subjetivismo dos valores morais.³⁸⁵

³⁸⁴ Em “Métodos de Trabalho do Direito Constitucional”, tradução de Peter Naumann, Síntese Editora, 1ª edição, 1999, p. 94; 2ª edição revista pela Editora Max Limonad, 2000, p. 111.

³⁸⁵ Neste sentido, Lenio Streck, em “O que é isto – decido conforme minha consciência?”, em especial nas pp. 74, 75, 77.

Kelsen quer proteger a ciência do direito, justamente para blindar a estrutura fundante da sociedade, dos fatores reais de poder.

Kelsen optou por trancafiar o direito na moldura normativa, “como se” (“als ob”) a aplicabilidade jurídica fosse desconectada do mundo da vida (daí o salto da lógica alética e do princípio da causalidade para a lógica deôntica e o princípio da imputabilidade). Assim, a usurpação da moldura normativa pode se tornar um problema: não deveria o intérprete distinguir aquilo que a lei não distinguiu, pois *quando a lei quis falar, falou; quando não quis, calou* (“*Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*”). E aí estaria a clausura do direito, da qual o Judiciário vai se libertar no século XXI, sem o que a Era dos Direitos não se efetivaria por completo.

E nenhum intérprete estaria autorizado a perverter integralmente a estrutura normativa, ao fundamento de estar simplesmente manuseando o seu coeficiente de elasticidade, ainda que alguns elementos de conhecimento, qualificados como não-jurídicos, devam ser recepcionados pelos espaços deixados na própria moldura legal.

Nem o coeficiente de elasticidade pode arrebentar, nem a norma pode ser esticada para recobrir fatos estranhos ao seu campo normativo original. E, neste ponto, estaria a grande dificuldade sobre a possibilidade de um Judiciário ativista ou protagonista, para os intérpretes de linhagem kelseniana. Para tais autores, de duas uma: ou bem a hipótese está prevista expressamente no ordenamento, ou quem aplicou direito ao caso concreto laborou em exceção (donde hoje se falar de estado de exceção judiciário, em uma visão normativista estrita)³⁸⁶.

8.2. Estado de exceção Judicial?

A ideia de estado de exceção judicial resolve por demais singelamente o problema, pois, se tudo está permitido, então nada está permitido, e desabaria o

³⁸⁶ Neste sentido, ver Rafael Valim, em “Estado de Exceção: a forma jurídica do neoliberalismo”, editora ContraCorrente, 2017.

edifício normativo. Para os normativistas estritos, a Teoria Geral do Estado não poderia ver de um modo benéfico o *Judiciário “cerrado”* quando solve conflitos em geral, e de outro modo, o *Judiciário “aberto”* nas hipóteses em que avança para ampliar direitos, na inércia dos demais poderes. Não poderia, pois são tipologias de “judiciários” que se excluíam uma à outra.

Ou, talvez, tenhamos mesmo que falar em dois Poderes Judiciários, ou em duas naturezas diferentes para o mesmo poder ou função.

A ideia de um Estado Jurislador resolve o problema, pois se identifica uma atribuição coletiva para a estruturação dos bordos e rebordos dos institutos jurídicos. O exercício da jurisdição deve ser eclético por natureza, e não devoto a uma seita ou posição específica: *nullius in verba* !

Ou seja: sistema jurídico do Estado Jurislador não deve jurar fidelidade automática à palavra de ninguém (“*nullius in verba*”). A solução pode parecer paradoxal, mas não o é. Quer nos parecer que muitos fazem uma leitura restritiva de Giorgio Agamben³⁸⁷, e acabam por acreditar que estamos diante de um *estado de exceção Judicial*, tendo perdido a crença no pluralismo e na resistência.

Segundo Marie-Laure Basilien-Gainche, na obra “Estado de Direito e estados de exceção”³⁸⁸, na parte em que adere ao trabalho de Didier Bigo, a análise de Agamben desespera-se, e desacredita muito cedo da democracia, sem olhar completamente para todo o papel do Estado de Direito, pois não analisa nem verifica todas as situações pelas quais o próprio direito estabelece as válvulas de escape: mecanismos para o exercício do direito de resistência.

A grande contradição pode ser assim qualificada:

- a) Temos um problema jurídico que é um conflito entre sujeitos de direito (é assim que nasce a lide e a atuação judicial);
- b) O magistrado tem o poder-dever de solver este conflito (a ele está afeta esta atribuição);

³⁸⁷ Cf. Giorgio Agamben, “Estado de Exceção”, Lisboa: Edições 70, 2003.

³⁸⁸ Em “État de droit et états d’exception – Une conception de l’État”, PUF, Fondements de la politique, 2013, p. 38.

- c) A Teoria Geral do Estado não poderia ter para com o agente que decide, em nome do estado-juiz, uma posição de desprezo (decisão judicial se cumpre e não se questiona);
- d) Doutrinadores da Teoria Geral do Direito assumem então uma posição de negação ou de questionamento da essência da atuação estatal judicante, pois as instituições não poderiam ser consideradas como validamente operantes, se comandos judicantes se voltam contra destinatários determinados que, nem em tese, no bojo do contrato social ou por acordo coletivo (com respeito ao princípio democrático), autorizaram a elaboração do estatuto normativo abstrato que lhes coarctava direitos;
- e) Teríamos exceção judicial quando restassem frustrados comandos normativos gerais pontual ou parcialmente.

A solução acaba sendo a seguinte. Ou bem se entende que o juiz está integralmente atado pelas normas votadas, ou ao menos a elas parcialmente ligado; ou então se reconhece que ele está ficcionalmente vinculado (e aí decide sozinho o que bem entender, por sentimento de justiça, e só nos resta construir teorias e mais teorias interpretativas, para filtrar o que está certo e o que está errado na decisão), hipotecando toda a força para o sistema recursal (que filtraria os erros nos diferentes degraus entre as instâncias).

E assim se acredita ter eliminado o risco da imperfeição das teorias interpretativas, com um sistema recursal multi-instâncias (duas no mínimo para apreciação e adequação dos fatos ao direito, mais as instâncias superiores). Quando algumas decisões são prolatadas como se o juiz estivesse ficcionalmente vinculado às normas, não haveria outra solução senão dizer que estamos diante de um estado de exceção judicial, para quem reconhece em Agamben o elaborador da teoria do estado de exceção por encurralamento insolúvel (com o perdão da expressão).

Se não houver tipologia recursal explícita dentro do próprio sistema, não haveria como modificar a decisão tida por autoritária e estaríamos diante de um estado de emergência judicial. Mas se há sistema recursal e houve uma decisão injusta, o que há é injustiça e não estado de exceção. A ideia de exceção ou emergência no Judiciário envolveria, em nossa visão, a falência total do sistema e não apenas erros judiciais pontuais.

Quando passamos a ter um sistema de jurisprudência vinculante, com súmulas de jurisprudência, que ocupam o espaço reservado à lei, a solução de haver multi-instâncias recursais pode se tornar inefetiva, é verdade. Isto porque as instâncias ficarão amarradas verticalmente, de cima para baixo, e não haverá garantia de um eficaz sistema recursal.

Dito de outro modo: o Judiciário, que é uma estrutura de órgãos dispostos por coordenação, passará a ter hierarquia em determinadas matérias. E aí de pouco servirá discutir os limites da interpretação ou a autocontenção na produção de decisões desbordantes. Isto porque não haverá instância superior com autoridade para frear o abuso. E, por conseguinte, poderia acabar arranhada a segurança jurídica. Mas ainda não chegamos neste ponto em um largo espectro.

Temos, portanto, sim um Estado Jurislador que não importa automaticamente em estado de exceção. Devemos buscar mecanismos que tenham como meta o Estado Ideal, de que já falava Carré de Malberg no prólogo da edição de 1919 de sua Teoria Geral do Estado, o que modernamente vai ser representado por uma readequação na acomodação entre os poderes. Para Carré de Malberg o Estado Ideal deveria ser pautado na colaboração, possibilitando envolver os cidadãos concretamente na marcha dos negócios públicos, de modo participativo amplo. E completamos nós: e não somente nos negócios da administração (justiça distributiva), mas agora também na marcha dos negócios ou assuntos judiciais (justiça comutativa). Imantar a jurisdição com o pluralismo de ideias, que diz diretamente com a cidadania, aumenta a participação de todos na gestão dos aparatos coercitivo e distributivo do Estado. Algo relevante e importantíssimo para a aceitação e legitimação dos poderes.

Georg Jellinek conclui sua “Teoria Geral do Estado”, afirmando que a “*jurisdição é uma função do Estado para a proteção do direito em sua totalidade*”, pois está “*reservado ao futuro oferecer ao Estado, e, portanto, à humanidade, este bem tão difícil de se conseguir: a obtenção permanente de uma ordem jurídica inviolável*”³⁸⁹. É disso que se trata aqui, de definir regras, em antecipação, legais ou jurisprudenciais, e as seguir e cumprir posteriormente.

É falsa a afirmação de que a atuação do Judiciário na proteção de direitos não-propriadamente delimitados seria inválida pelo só-fato de que se estaria outorgando ao mesmo “judiciário” (com letras minúsculas) o poder de modificar pró-futuro (e não apenas julgando o passado) os limites, bordos e rebordos, do direito.

Quem afirma ser inconstitucional ou estado de exceção tal possibilidade, admite como válida, verdadeira e efetiva a representação proporcional que o Poder Legislativo utiliza como regra de ouro para justificar normas legisladas em favor do poder econômico (sob pressão midiática) e contra a vontade da maioria. Assim, o mesmo fundamento para chamar de estado de exceção judicial o que ocorre na Era dos Direitos no século XXI já serviria para denominar de exceção a atuação de um congresso elitista como o de 1946. Ou para adjetivar de ilegítimas as Constituições brasileiras de 1934 e de 1937, produzidas por um Governo que chamou de golpista o pleito eleitoral de 1929, no qual pouco mais de 5% da população brasileira efetivamente votou.

Pedro Serrano, por exemplo, entende que países pretensamente democráticos, como o Brasil, “cotidianamente adotam medidas jurídico-positivas dentro do ordenamento jurídico, as quais, ao invés de manifestarem o direito, manifestam a exceção”³⁹⁰. Pedro Serrano parte das lições de Walter Benjamin, Giorgio Agamben, Carl Schmitt e Eugenio Raul Zaffaroni para concluir que nossas instituições podem estar funcionando em aparente situação de normalidade, o que

³⁸⁹ Na versão espanhola da obra do ano 2000, traduzida da segunda edição alemã de 1911, por Fernando de Los Rios Urruti, p. 682.

³⁹⁰ Em “Autoritarismo e golpes na América Latina – Breve ensaio sobre a jurisdição de exceção”, São Paulo: Alameda Casa Editorial, p. 71.

pode ser qualificado como “Estado de Exceção Judicial”, decorrente do autoritarismo e dos golpes que são regra na América Latina.

Afirma Pedro Serrano:

“O Poder Judiciário completa todo o percurso do soberano de Carl Schmitt. Titular da decisão última, soberano que é, estabelece a exceção declarando o inimigo e subtraindo dele sua condição igualitária e politicamente protegida como ser humano.

“Uma segunda forma de exceção exercida pela jurisdição que se tem observado recentemente é a chancela do Poder Judiciário aos atos políticos de interrupção institucional e suspensão democrática.”³⁹¹

No bem fundamentado estudo, Pedro Serrano compreende que o Judiciário está decidindo sozinho sobre o estado de exceção³⁹².

Sim, é verdade que existe, em tese, esse risco apontado por Pedro Serrano³⁹³. Concordamos com ele quando afirma que existe uma aproximação possível com o pensamento de Carl Schmitt, que, por sinal, era contrário aos movimentos de livre jurisprudência ou de qualquer medida que colocasse as

³⁹¹ Em “Autoritarismo e golpes na América Latina – Breve ensaio sobre a jurisdição de exceção”, São Paulo: Alameda Casa Editorial, p. 110.

³⁹² E prossegue Pedro Serrano:

“Temos assim que, nestas circunstâncias peculiares, a natureza política do poder exercido pelo Judiciário nesses sistemas se aproxima da figura do soberano de Carl Schmitt, detentor que é do monopólio da última decisão, inclusive decidindo por suspender de fato a ordem constitucional e a normalidade democrática.

“Por mais que setores específicos ou a comunidade jurídica possam apontar como inconstitucional uma decisão da Corte Constitucional em princípio nada de concreto ocorre, pois a ela compete interpretar definitivamente a Constituição e, em geral, em nome da segurança jurídica, suas decisões são aceitas.”

Em “Autoritarismo e golpes na América Latina – Breve ensaio sobre a jurisdição de exceção”, São Paulo: Alameda Casa Editorial, p. 110.

³⁹³ Parte do raciocínio de Pedro Serrano decorre do fato de ter havido um impedimento presidencial no Brasil em 2016 sem que os fatos alegados se tivessem comprovados como existentes em sua leitura. Todavia, se é soberano aquele que decide sozinho sobre a exceção (Schmitt), não pode estar configurado estado de exceção no caso do impedimento presidencial em 2016, porque nenhum poder decidiu sozinho sobre os fatos debatidos no tribunal político, mas sim vários poderes participaram do afastamento da presidente legitimamente eleita. Tais temas sempre foram assim tratados. No impedimento do presidente brasileiro em 1992, foram muito mais exíguos os prazos a ele deferidos quando da sua defesa. Assim, não podemos, de um ponto de vista da lógica jurídica, considerar que estamos hoje em um estado de exceção Judicial, se não estávamos em 1992 ou

funções judiciais sob a batuta da mais mínima filtragem do poder popular, direta ou indiretamente. Até porque, na visão de Carl Schmitt, uma *“justiça popular poderia significar também que homens ou mulheres ‘do povo’ haveriam de participar na resolução dos negócios judiciais, especialmente na jurisdição.”*³⁹⁴

Como diz Agamben, o “problema do estado de exceção apresenta analogias evidentes com o do direito de resistência.”³⁹⁵ Podemos até dizer que não existe “direito de resistência” sem a manipulação de massas pela grande mídia. Ou que não existe o instituto “referendo popular” pelo simples motivo de que na maioria das vezes a população consultada “plebiscita o proponente” do referendo, sem responder propriamente à questão formulada. Há vários institutos do direito que existem como possibilidade abstrata, mas que na prática não se concretizam.

Isto frustra a aplicação destes institutos, que continuam, todavia, existindo. Existem bons e maus juízes. Sempre houve. Sempre haverá. O que não significa que só agora desembocamos em um estado de exceção Judicial sem volta. Em nossa visão, não podemos falar em exceção porque algum magistrado ultrapassou a linha do razoável ou porque algum instituto do direito é frustrado pela realidade nacional.

Se é válida a ficção eleitoral de que a lei foi debatida e produzida em nome da vontade geral pelo Congresso Nacional (quando tantas vezes não é bem assim), por que não seria válida a afirmação de que a decisão judicial (filtrada por várias instâncias) também não o foi? Não se trata, portanto, de elevar à enésima potência a legitimação democrática do Poder Legislativo, nem de reduzir ao infinitésimo a eventual ausência de filtragem do interesse popular pelos concursados para a magistratura (que provêm majoritariamente de um único extrato social, e que quando são sabatinados, o são por uma comissão do

mesmo durante todos os anos em que o neoliberalismo produziu sozinho a legislação nacional, por voto de liderança no Congresso Nacional.

³⁹⁴ Cf. Carl Schmitt, na “Teoria da Constituição”, na versão espanhola de Francisco Ayala, Alianza Editorial, p. 267.

³⁹⁵ Giorgio Agamben, em “Estado de Exceção”, Edições 70, 2003, p. 24.

Senado³⁹⁶ que pode não estar preocupada em efetivamente avaliar o candidato, mas apenas em pressionar por pressionar com vistas a granjear apoios futuros).

Relembre-se, por exemplo, que o número de eleitores efetivamente representados no Congresso Nacional é realmente muito pequeno (da ordem de um terço)³⁹⁷. E não existe questionamento sobre a legitimidade do Congresso por este fato. O sistema representativo vive de uma ficção eleitoral que está aceita e placitada pelo voto popular dos eleitores e por todos os Poderes da República. Entender que o voto dos deputados ou senadores é inválido na produção da lei seria o mesmo que dizer que as nomeações de ministros do Supremo não são válidas porque muitas sabinas no Senado são fictícias, o que não é objeto de qualquer contestação por quem quer que seja.

Não parece, portanto, correto afirmar que, justo agora, adentramos um estado de exceção Judicial ou Legislativo. Ou apenas de exceção Judicial, já que não se fala em exceção ou falta de representatividade em relação ao Legislativo.

Se olharmos pelo prisma da avaliação ou filtragem política prévia do nome dos juízes que atingem os graus mais elevados da magistratura, seja pelo Executivo (na nomeação de membros do quinto constitucional e de integrantes da carreira por merecimento), ou da sabatina pelo Senado (em casos de tribunais superiores), chegaremos à conclusão de que mais da metade dos membros dos tribunais de segundo grau e dos tribunais superiores passou por algum tipo de avaliação política ou verificação de notável saber jurídico (a partir de critérios e

³⁹⁶ Claro que alguns senadores se preparam sim para exercer o mister constitucional da sabatina, com importantes preocupações republicanas. Sendo certo ainda que o Poder Executivo, de ordinário, indica candidatos palatáveis e reconhecidos como notáveis em sua respectiva área de atuação jurídica.

³⁹⁷ Qualificamos como ficção eleitoral o sistema representativo brasileiro, sem entrar em debates teóricos sobre o ponto, pois isto escaparia ao tema central do presente texto. Basta lembrar, por exemplo, que na eleição brasileira de 2014, para um universo total de efetivos 115 milhões de votos (com 142 milhões de eleitores aptos a votar), foram 58 milhões o número de votos em congressistas efetivamente eleitos (os demais votos compuseram o coeficiente eleitoral). Temos ainda que considerar que uma porcentagem grande destes 58 milhões de votos elegeu candidatos que abertamente não estão preocupados com a coisa pública (o chamado voto de protesto em palhaços, cantores sertanejos, e outros artistas ou notáveis radialistas da sociedade). E ainda o fato de que um terço dos eleitores inscritos não vai votar ou vota nulo. Em linhas gerais, isso conduz à conclusão de que apenas um terço das pessoas interessadas no bem-estar da nação conseguiu inserir um representante dentre os 513 membros da Câmara dos Deputados (que representa o povo brasileiro em nível nacional).

questões definidos após a indicação do nome do candidato, e não antes de sabermos o seu nome, como ocorre nos concursos de provas e títulos).

Isto sem esquecer, demais disso, que cada Ministro do Supremo Tribunal Federal tem no mínimo 50 milhões de votos na ponta da caneta, pois este é o número médio atual de votos que um candidato precisa, em segundo turno, para se eleger Presidente da República Federativa do Brasil (que contava 207 milhões de habitantes em 2016), e assim exercitar validamente a competência para promover tal indicação.

Em nossa visão, com a devida vênia dos que pensam em sentido contrário, temos um estado de exceção quando a legitimidade democrática é usurpada por um soberano com poder de decidir sozinho sobre a exceção ou sobre a emergência. E aqui duas frustrações para a Teoria Geral do Estado e para a Teoria Geral do Direito: não tem sido respeitada coletivamente a vontade da maioria na formatação inicial das normas, e não tem sido verificada colegiadamente a vontade da maioria na formulação de conteúdos decisórios finais produzidos com ou sem apoio em tais normas. Isso é certo. O que não significa que haja algum soberano decidindo sozinho sobre tal desconfirmação do funcionamento dos poderes, pois, se algum descumprimento há, ele vem sendo realizado por uma concertação de atores políticos.

Teremos um estado de exceção, portanto, não em qualquer usurpação pontual das atribuições constitucionais dos poderes, mas sim quando haja desorganização generalizada da estrutura de poder.

Sempre soubemos que o capitalismo e os fatores reais de poder (Lassalle) controlam o Estado. O fato de a separação de poderes precisar ser revista não significa que o sistema de particionamento das funções de Estado não esteja mais funcionando (ainda que falhas estruturais possam ser apontadas).

Conforme já nos manifestamos, em 2003, o neoimperialismo econômico torna “fácil perceber o quão próximos estão – e sempre estiveram – direito e política.”³⁹⁸ Resta agora assumirmos, como um dado de realidade, os defeitos

³⁹⁸ Nos “Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva”, p. 661.

estruturais surgidos no curso do processo jurídico emancipatório, e reformar o que seja necessário, antes que o edifício constitucional do controle recíproco entre os poderes sofra riscos reais de desabar.

Não há estado de exceção, nem judicial, nem parlamentar, no Brasil contemporâneo. Não há fatos que importem em ruptura, mas há, sim, situações que permitem concluir que adaptações são necessárias a fim de que se evite perda de legitimidade do sistema para a solução judicial de controvérsias.

8.3. Limites interpretativos na hierarquização judicial

Decifra-me ou te devoro. A Jurisdição democrática não pode funcionar de modo assimétrico, decidindo ora em um sentido, ora em outro, como tem ocorrido em nosso sistema judicial. Isto ou traz insegurança e instabilidade, ou importará a revisão dos “princípios de legitimação, na quebra da articulação clássica entre os “poderes” do Estado”.³⁹⁹

A maior dificuldade está em conciliar a tendência conservadora com a obsolescência das normas. Sem aguardar por constantes reformas legislativas. Tal conciliação vai depender da aceitação de uma textura aberta das normas, que agora deve ser compatibilizada com a hierarquização judicial. Assim, ao mesmo tempo em que o novo sistema escapa do engessamento das normas votadas que envelhecem, passa a ficar vinculado por decisões judiciais que prestigiam (ou deveriam prestigiar) os precedentes do passado.

A jurisdição constitucional significa enfrentar as maiorias conjunturais, exercendo certa dose de função contra-majoritária. As Constituições existem para organizar o funcionamento dos poderes que dão acesso aos direitos fundamentais. A Constituição escrita é a carta política que consagra os valores basais da sociedade. O papel da interpretação constitucional é preservar tais valores contra

³⁹⁹ Cf. Marcelo Figueiredo, na tese apresentada para o concurso de Professor Titular PUC/SP em 2007, sob o título “Direito Constitucional Transnacional e algumas de suas dimensões”, obra ainda não publicada, p. 2.

alguma maioria conjuntural, e ao mesmo tempo evoluir na ampliação do Estatuto do Cidadão.

Se estamos referindo valores constitucionais, é justamente porque não se estará diante de normas precisas e inequívocas (relembre-se a classificação de Thomas Cooley, em certa medida retomada por José Afonso da Silva). O intérprete constitucional é mais do que um simples aplicador de normas sempre claras via subsunção mecânica. Fosse apenas este o seu trabalho, não haveria porque apartar a hermenêutica constitucional das técnicas de interpretação das demais normas.

A função dos tribunais constitucionais é a de ampliar e atualizar o Estatuto do Cidadão, caminhando da autocontenção singela até ao dirigismo saudável e não-invasivo. Não fosse assim: “o Tribunal Constitucional só seria necessário quando não era necessário”.⁴⁰⁰

Partindo do pressuposto de que a jurisfação passa agora a ser conduzida em certa medida por um Estado Jurislador filtrado por atividade judiciária, resulta importante verificar os limites de atuação interpretativa dentro da moldura legal. Impende estudar o funcionamento ordinário da atividade interpretativa, para, a partir do que normalmente ocorre, compreender o que pode (e o que não pode), e o que deve melhorar no Estado Jurislador. Definindo o regular e normal funcionamento, poderemos compreender o que é exorbitante (até o limite do que poderia ser realmente um estado de exceção), para em seguida propor melhorias que aumentem a legitimidade do sistema de imposição de pautas de conduta aos destinatários.

A teoria de separação de poderes precisa ser atualizada e reequacionada, sob pena de o Judiciário efetivamente assumir irregularmente parcela importante da função normativa, sem que o direito brasileiro ofereça mecanismos eficazes de controle de tal atividade. Por outro lado, se compreendermos que é tudo ilegal, inconstitucional ou estado de exceção, o tema sai da esfera do direito e somente uma reacomodação das forças políticas poderia

⁴⁰⁰ Neste sentido, ver Jorge Reis Novais, na obra “Em Defesa do Tribunal Constitucional – Resposta aos Críticos”, Almedina, 2016, p. 25, p. 81, p. 116 (trecho entre aspas).

solucionar o problema. Uma tal acomodação dependeria da ruptura do sistema de fiscalização abstrata de constitucionalidade, e estaríamos diante de um novo nascimento constitucional do Estado Brasileiro (com amplitude “lata” para fins de reorganização dos Poderes).

Ao traçar a “sedes materiae” da juridicidade, o constituinte deixou sementes espalhadas por todo o texto, e muitas vezes as Cortes têm se utilizado de uma interpretação principiológica para a construção de sentidos que inauguram o ordenamento com a produção de direito novo não-legislado. As súmulas acabam percorrendo este caminho da inovação, e são mesmo o seu maior instrumento.

8.4. Disputas de narrativas e súmulas vinculantes

Já se tornou um brocardo do direito público brasileiro, a frase de Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo a qual *violar um princípio é mais grave do que violar uma regra*.⁴⁰¹ Isto porque os princípios são densificações de normas e representam o acúmulo da respectiva densidade normativa que os originam. Os princípios se constatarem, as regras ou normas se estabelecem. O abuso da utilização de princípios, como chave aberta para transpor o conteúdo da lei, se costuma denominar “panprincipismo”⁴⁰². E vamos investigar as situações em que as bordas da moldura legal estão abertas à injeção de conteúdo.

A questão, assim, é de se saber se a abertura hermenêutica pode transformar o intérprete não-eleito pelo povo em legislador atípico, o que já foi objeto de estudo por importantes autores do direito público. Vejamos a posição de André Ramos Tavares:

⁴⁰¹ Vejamos o texto do consagrado “Curso de Direito Administrativo”, em sua 31ª edição de 2014: “Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todos os sistemas de comandos” (Cap. XIX, item 4, p. 977).

⁴⁰² Vocábulo construído pelo prefixo grego “pan, panto”, que significa “todo, inteiro”. O ideal seria falar-se em “pamprincipismo” (adptando o prefixo às regras de concordância em português), mas preferimos manter a forma tal qual é mais utilizada pela maioria da doutrina.

“Neste sentido, não há como negar ser o STF o melhor avaliador das regras mais adequadas para regulamentar esse assunto. Esse é o sentido da tese de CAPPELLETTI (1993), no que foi seguido por COESTER-WALTJEN e STORME (1995: 379):

‘Os tribunais, especialmente os superiores, bem podem ter, por exemplo, poderes de regulação processual, como de fato ocorre frequentemente nos países do *Common Law*. Não vejo por que razão se deveria excluir, *a priori*, que os próprios tribunais sejam, ou tenham a potencialidade de ser, os melhores legisladores possíveis na determinação e constante adaptação das regras técnicas do processo, regras com as quais, dia após dia, devem trabalhar. Resta, todavia, o fato de que os juízes, quando exercem tais poderes de regulação, agem como legisladores, não como juízes’ (CAPPELLETTI, 1993: 80-1)

“O que se defende, portanto, aqui, é a assunção, pelo STF, em parte, de certa função normativa (cf. PANUNZIO, 1970: 109 e ss.), que parece ser ínsita ao desenvolvimento de uma Justiça Constitucional e, nesses termos, não constitui usurpação da competência legislativa estrita do Parlamento.”⁴⁰³

A manipulação legislativa não foi inventada no Brasil ou, menos ainda, pelo Supremo Tribunal Federal nas duas últimas décadas. Vejamos as lições de Rémy Libchaber⁴⁰⁴ quando discorre sobre os limites normativos, na obra “Ordem jurídica e discurso do direito”, referindo-se ao texto legal manuseado por homens reais sem a exigência das grandes abstrações lógicas da ciência do direito:

“A prática da manipulação das normas é corrente desde o direito romano. Por conseguinte, é lógico que, ao longo do tempo, ela tenha suscitado técnicas complementares perfeitamente conhecidas, sem as quais o sistema funcionaria de forma menos eficiente – ou talvez nem funcionasse. Sob a rubrica dos teoremas fundamentais da sociologia jurídica, Carbonnier afirmou que ‘o direito é maior do que as fontes formais do direito’. Ele imediatamente deduziu um lema: ‘o direito é maior do que a regra escrita’, que ele explicou imediatamente, escrevendo que ‘a lei desborda por todo o lado a noção de regra escrita’” [J. Carbonnier, hipótese fundamental para uma sociologia teórica do direito, direito

⁴⁰³ Na Obra “Nova Lei da Súmula Vinculante – Estudos e Comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006, 3ª edição, revista, atualizada e ampliada, Editora Método, 2009.

⁴⁰⁴ Cf. Rémy Libchaber, “L’ordre juridique et le discours du droit – Essai sur les limites de la connaissance du droit”, LGDJ Lextenso éditions, 2013.

flexível. Para uma sociologia da lei sem rigor, LGDJ, 10ed, 2001] (tradução livre).⁴⁰⁵

Vale dizer, ao mesmo tempo em que a sociedade se auto-engessa por meio de normas escritas, amarrando a si mesma como Ulisses para não cair no canto das sereias, cria ela válvulas de escape para o sistema não obrigar a mesma rigidez para todo os setores. É como se o princípio do “princeps legibus solutus” sobrevivesse por meio da interpretação.

O procedimento padrão utilizado pelo Legislador permitirá variações interpretativas posteriores na regra de direito, sem apego extremo à letra fria da lei. Assim, o Legislador finge produzir uma norma estrita para depois deixar o juiz sem freios para promover a interpretação que desejar, pois sabe ele da origem e dos limites sobre o que se vai produzir judicialmente com consciência de classe.⁴⁰⁶ Daí as críticas a uma visão formal de unidade do ordenamento, quando nem mesmo o conceito de norma jurídica pode ser recortado com bordas totalmente precisas.⁴⁰⁷

E tudo isso entremeado pelo fato de que a leitura das normas estará tingida por elementos pessoais de avaliação, uma vez que ninguém consegue abstrair do seu próprio “eu”. E ainda corremos o risco, conforme alerta o Juiz Cardozo, de degenerar para aquilo que os alemães denominam “*Gefühlsjurisprudenz*” que seria a “jurisprudência do sentimento subjetivo”, sendo certo ainda que não seria sábio emprestar à norma um caminho que não sabemos

⁴⁰⁵ Cf. Rémy Libchaber, *op. cit.*, p. 337/338. No original: « La pratique du maniement des normes est courante depuis le droit romain. Il est donc logique qu’avec le temps, elle ait suscité des techniques complémentaires parfaitement maîtrisées, sans lesquelles le système fonctionnerait moins efficacement – et peut-être pas du tout. Au nombre des théorèmes fondamentaux de la sociologie juridique, Carbonnier énonçait que ‘le droit est plus grand que les sources formelles du droit’. Il en déduisait aussitôt un lemme : ‘le droit est plus grand que la règle de droit’, qu’il explicitait aussitôt en écrivant que ‘le droit déborde de partout la notion de règle’ » [J. Carbonnier, *Hypothèse fondamentales pour une sociologie théorique du droit, Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10ed, 2001] (p. 337/338).

⁴⁰⁶ No mesmo sentido Rémy Libchaber, “L’ordre juridique et le discours du droit – Essai sur les limites de la connaissance du droit”, LGDJ Lextenso éditions, 2013, p. 341: « *Le procédé du standard fait donc intervenir des variations dans la règle de droit, sans porter atteinte à sa lettre. Bien sûr, c’est parfois la raison d’une critique qui insiste sur son caractère discrétionnaire : le législateur feint de faire la loi, mais il laisse la bride sur le cou du juge, libre d’en moduler la signification à sa guise. Est-on encore en présence d’une règle?* »

⁴⁰⁷ Neste sentido, a obra “Postpositivismo” de Friedrich Müller e Luís-Quintín Villacorta Mancebo, Ediciones TGD, Santander, 2008.

onde vai dar.⁴⁰⁸

Se por um lado seria insano abrir os limites das bordas normativas para a imensidão, caindo em um vazio que tornasse impossível antecipar-se aos resultados da atividade do intérprete, tampouco seria razoável acreditar que a solução dada está isenta das marcas do sujeito que interpreta. E insiste Rémy Libchaber:

“Insistamos: as normas não exsurtem de uma aplicação meramente mecânica, pois colocá-las em movimento envolve a inflexão de consciência dos resultados que elas são conduzidas a produzir. Entre a ordem jurídica e a operatividade das normas existe a intermediação necessária dos profissionais do direito, que está longe de ser neutra” (tradução livre).⁴⁰⁹

Uma vez que aceitamos a impossibilidade de uma interpretação neutra, exsurge clara a necessidade de um novo método⁴¹⁰, não para legitimar a possibilidade de injeção de conteúdo, mas sim para orientar a produção do direito no caso concreto. Por essa razão, enfatiza Friedrich Müller, é que a metodologia jurídica deve ser “*uma reflexão sobre a produção do direito, e não uma ciência da justificação em termos de uma legitimação da interpretação dos textos*”⁴¹¹. E esta intermediação não pode ser totalmente autônoma ou desconectada do motivo normativo.⁴¹² Se chegarmos a um ponto em que o móvel (elemento psicológico) ultrapassa o motivo jurídico, que é, este sim, o objeto central da norma, pervertendo integralmente o seu conteúdo, teremos atividade hermenêutica ab-rogante e,

⁴⁰⁸ Cf. o trabalho do juiz Benjamin Cardozo, em quando debate a natureza da decisão judiciária, no capítulo em que discute o “juiz legislador”.

⁴⁰⁹ Cf. Rémy Libchaber, *op. cit.*, p. 348. No original: «Insistons : les normes ne relèvent pas d’une application mécanique, car leur mise en oeuvre est infléchiée par la conscience des résultats qu’elles sont amenées à produire. Entre l’ordre juridique et le fonctionnement des normes, il y a l’intercession nécessaire des professionnels du droit qui est très loin d’être neutre.»

⁴¹⁰ O que será objeto de estudo da Teoria Geral do Direito.

⁴¹¹ Em “Discours de la Méthode Juridique”, Léviathan, PUF, 1996, p. 348

⁴¹² Neste mesmo sentido segue Rémy Libchaber, em “L’ordre juridique et le discours du droit – Essai sur les limites de la connaissance du droit”, LGDJ Lextenso éditions, 2013, p. 357. No texto original: «L’important est précisément que le juge crée du droit ‘sur le motif’, pour parler comme les peintres. C’est l’insuffisance de la règle posée par voie de commandement, confrontée aux faits de l’espèce, qui l’oblige à un travail sur la norme – par interprétation, complément ou création. Reste à savoir pourquoi, en rendant des décisions particulières, destinées à n’avoir d’effet qu’entre les parties, le

portanto, censurável.

A possibilidade de excesso de interpretação torna-se ainda mais grave ao percebermos que a Constituição, após a Emenda Constitucional nº 45, deu, ao Supremo Tribunal Federal, a força necessária para regular e compelir todos os órgãos judiciais (que passam a lhe ser “inferiores”) e os entes da administração pública (que ficam subordinados agora ao princípio da legalidade e à jurisprudência da Suprema Corte).

Segundo Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, o Judiciário não possui hierarquia, pois é composto de órgãos entrelaçados por coordenação (já na administração, temos uma estrutura de órgãos hierarquicamente dispostos). Oswaldo Aranha Bandeira de Mello já antevia, nos anos 70, aquilo que Friedrich Müller iria aprofundar em sua teoria estruturante do direito. Vejamos Bandeira de Mello:

“...a função jurisdicional se afirma não só através de ato jurídico concreto, a decisão da controvérsia, como também de regra normativa, a jurisprudência, formada sobre o real entendimento do texto legal ou do costume aplicado à espécie a ele sujeita, ante a uniformidade e constante repetição de julgados atribuindo-lhes igual sentido. Então, a jurisprudência constrói regras jurídicas, dando o significado dos textos normativos e dos costumes, e cria mesmo regras jurídicas na falta deles, preenchendo as suas lacunas, com a utilização de analogia e dos princípios gerais de direito, através do julgamento reiterado de hipóteses semelhantes em causa. Assim, dela deflui o direito, em última análise, que vige no Estado-sociedade.

“Por conseguinte, a função jurisdicional não constitui simples execução de lei, em posição hierárquica inferior à função legislativa. Alteia-se à de elaboração, outrossim, de normas jurídicas, gerais, abstratas e impessoais, ao dizer na espécie qual o direito legal ou extralegal, relativamente à controvérsia submetida à sua resolução.”⁴¹³

Acertadíssima e vanguardista a posição de Bandeira de Mello sobre a possibilidade de o Judiciário colocar-se mais alto na função de produzir normas gerais, impessoais e abstratas a partir do caso concreto (e dizemos nós: agora com

juge peut les voir se constituer en règles générales, considérées comme valables à l'égard de tous – alors même qu'il n'a jamais été habilité à en poser.»

⁴¹³ Nos “Princípios Gerais de Direito Administrativo”, Vol. I, Forense, 2.ed., 1979, pp. 29/30.

efeitos para o futuro com a jurisprudência vinculante no Estado Jurislador). Depois da súmula vinculante, estamos diante de emenda constitucional que desnaturou a essência original do sistema judicial brasileiro. Ou bem aceitamos, agora, que a hierarquia caracteriza a estrutura do Judiciário Brasileiro, contemperando o livre convencimento motivado de cada juiz, ou então seremos forçados a concluir que todo o sistema Judiciário se tornou inconstitucional. Já em 1979, alertava Bandeira de Mello ao tratar da sujeição de vontades na relação hierárquica:

“Portanto, mesmo entre os órgãos jurisdicionais há a possibilidade de dar instruções aos inferiores. Se na França tal regime deixou de existir, ele ainda persiste no direito anglo-americano. Demais, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal vem de criar as *Súmulas de Julgamento*, para afirmar as diretrizes dos julgamentos futuros iguais para o próprio Tribunal, salvo se algum Ministro requerer à Casa que a altere, reexaminando a tese jurídica anteriormente firmada, no entendimento de direito vigente, e que servirão, outrossim, de orientação para os outros Tribunais.”⁴¹⁴

Da leitura do trecho acima fica fácil perceber que Oswaldo Aranha Bandeira de Mello já estava preocupado com o que se poderia fazer com as tais Súmulas de Julgamento que acabavam de implantar. E mais: deixa claro ele que as súmulas, engessando o próprio tribunal, amarrariam os resultados das instâncias inferiores. Por isso enfatiza Bandeira de Mello, “salvo se algum Ministro requerer à Casa que a altere”, uma vez que atribuía ele ao funcionamento da máquina judicial a máxima “suporta a regra que tu mesmo fizeste”.

Ousamos dizer, com o devido respeito, que se o professor Bandeira de Mello estivesse analisando a situação atual do Judiciário na Constituição, teria uma grande tendência a concordar conosco, pois estaria ele hoje impressionado com o rumo que o tema das súmulas tomou.

Evidente, portanto, que o tema do precedente não é exclusivo do direito do *common law*, ou que seja uma novidade recente no direito romano-germânico. Franz Neumann já ressaltava que a essência original do “princípio da força vinculante do precedente, enquanto tal, não tem relação alguma o sistema do

⁴¹⁴ Nos “Princípios Gerais de Direito Administrativo”, Vol. I, Forense, 2.ed., 1979, p. 151.

case-law. A doutrina da força vinculante do precedente é perfeitamente compatível tanto com um sistema jurídico codificado quanto com a *common law*.⁴¹⁵

A vinculação àquilo que anteriormente já foi decidido decorre da própria ideia de compromisso com as soluções anteriores, para que não haja tratamento desigual e que se prestigie a segurança. Não se trata, todavia, de afirmar que os juízes precisam ter compromisso com os próprios erros individuais (sem possibilidade de melhoria ou evolução no direito). Se houve um erro individual ao julgar, este pode sempre e deve até ser corrigido. Já diante de súmulas, vinculantes ou persuasivas, quando incorretas, será necessário debater o erro em colegiado.

Se um dado entendimento foi vertido em Súmula, e esta possui alguma impropriedade sobre os fatos, ou está a requerer atualização na leitura do direito pela sociedade, a lógica impõe ser necessária a revisão da Súmula, para que o mesmo colegiado chegue, em conjunto, à conclusão de que há que se alterar o entendimento. E prossegue Banderia de Mello, mais adiante, quando trata da injeção de sentido na função de julgar, preocupado com os efeitos extraprocessuais decorrentes dos precedentes:

“Em afirmando estar interpretando texto legal, dá-lhe compreensão e extensão muito além do cogitado, não só pelo legislador, como pelas próprias expressões legais. Destarte, sem negar a obediência à lei, ele cria um direito novo, que se torna permanente, por longo espaço de tempo, ante as repetidas e reiteradas decisões em igual sentido.

“A obra construtiva do direito pela jurisprudência, na sua ação simplesmente interpretativa da lei, é imensa”.⁴¹⁶

Tal hierarquização de posturas deve ser lida “*modus in rebus*”, pois não trata de retirar de cada magistrado a função de decidir, ainda que crie uma obrigação adicional para identificar e/ou suplantar a decisão da instância superior, promovida pelos mecanismos do “*distinguishing*” e do “*overruling*” do “*common law*”, para os quais nossos juízes brasileiros não estão treinados nem preparados.

Nossos magistrados estão certamente atentos à situação da economia e

⁴¹⁵ Em “O Império do Direito”, Editora Quartier Latin, 2013, p. 399.

da sociedade. Estão inseridos nela. Vejamos a lição clássica de José de Moura Rocha:

“A posição do ‘Juiz’ no nosso Código é a da fixação definitiva da atividade jurisdicional, o que não significa o seu alheamento ao sócio-político a que nos referimos antes. Em trabalho nosso acerca, *O Juiz: sua Posição no Atual Processo Civil Brasileiro*, indagávamos: “Qual o juiz que consegue abster-se de questões de ‘direito e economia’, ou de ‘direito e moral’? Qual o juiz que pode abstrair-se e deixar ao largo as questões concernentes ao ‘delito’, à ‘propriedade’, ao ‘contrato’, entre tantas outras, para o cumprimento da missão exigente, qual a de colocar ordem entre os homens?”⁴¹⁷

Indo além, podemos afirmar que o Professor Moura Rocha, se ainda estivesse entre nós, diria que a função do magistrado de injetar conteúdo nas normas, diante da nova realidade imposta pela Emenda Constitucional nº 45 e pelo novo CPC15, ficou ainda mais difícil. Antes, a posição do juiz era facultativamente de não-alheamento sócio-político, e hoje é obrigatoriamente de compreensão político-institucional da realidade normativa, e de seleção de premissas de julgamento consentâneas, a um só tempo, com as normas e com a jurisprudência superior. E pior: com uma jurisprudência superior ainda não organizada de modo densificado, e por vezes exercida por homens que não estão preocupados com o aspecto organizacional dos colegiados.

O emérito filósofo do direito Celso Lafer lança um caminho a trilhar quando afirma que as súmulas vinculantes “*não constituem nem ato legislativo, nem ato jurisdicional (mesmo na modalidade do ato jurisdicional normativo). São atos de natureza política, que desbordam da clássica divisão de poderes.*”⁴¹⁸

A ideia daí decorrente é simples. A Constituição, ao estabelecer propósitos específicos e regras programáticas, irroga competências aos órgãos e entes de poder que dela decorrem. Não seria, assim, lógico que tais órgãos não pudessem implementar com mão-de-força suas decisões, pois o poder foi dado

⁴¹⁶ Nos “Princípios Gerais de Direito Administrativo”, Vol. I, Forense, 2.ed., 1979, p. 152.

⁴¹⁷ Em “Processo de Conhecimento, ob. cit., p. 10.

para que seja exercido. Até porque o exercício de função contra-majoritária, que vai muitas vezes contra uma maioria preconceituosa, exigirá força para sua imposição.

De nada adiantaria receber uma autoridade da Constituição da República e não poder fazer valer a sua decisão de mérito sobre um dado tema. Quem possui deveres necessita dos correlatos poderes instrumentais para o exercício da atribuição pública.⁴¹⁹

Ensina o filósofo Friedrich Müller que:

“a norma jurídica é mais do que o seu teor literal. O teor literal funciona, de acordo com o tipo da norma, de maneiras distintas, como diretriz e limite da concretização admissível. A interpretação do texto da norma é um componente importante, mas não o único da implementação de sinais de ordenamento normativo em casos determinados. Por isso não mais devemos falar de interpretação ou explicação [...], mas sim de concretização da norma”⁴²⁰.

O magistrado é um direcionador de vias, com poderes de escolher caminhos. Por isso, os franceses utilizam a expressão “aiguilleur” da justiça, referindo-se aos antigos profissionais das linhas férreas, que comutavam a chave que trocava o trem de via e, por conseguinte, de direção. Temos na origem de “aiguilleur” a agulha magnética da bússola que orienta a direção correta a seguir. Os espanhóis denominam o “aiguilleur” de “guardaguas” ou simplesmente “guardavías”. Tal função, originariamente, já havia sido dada aos juízes, e agora é apenas ampliada no Estado Jurislador (donde não entendermos que haja uma ruptura institucional ou entrada em um estado de exceção sem retorno, conforme já afirmamos).

Se a realidade mudou, é papel do juiz encontrar um melhor trajeto, sem esperar, para tanto, que haja modificação das normas votadas, pois o fato social

⁴¹⁸ Em “Filosofia e Teoria Geral do Direito: um Percurso no Direito do Século XXI (Volume 3)”, Editora GEN-Atlas, 2015, p. 92.

⁴¹⁹ Afirma Ricardo Barros Leonel, ob. cit., p. 113: “quando a Constituição estabelece propósitos a serem alcançados, estão compreendidos nas suas previsões os poderes necessários para o respectivo alcance, desde que estes sejam apropriados àqueles fins, não sejam expressamente proibidos e estejam em conformidade com a letra e o espírito da Constituição”.

⁴²⁰ Em “Métodos de Trabalho do Direito Constitucional”, tradução de Peter Naumann, Síntese Editora, 1999, p. 94.

não espera pelo Legislador. Como diz o ditado francês sempre repetido por Jean Rivero: “a natureza ri dos decretos”.

Eis aí o que mais interfere na guerra de narrativas que organiza o direito judiciário. Segundo Michele Taruffo, “os esquemas narrativos hegemônicos têm o efeito de impor como ‘normais’ as situações”, e como consequência é “evidente que a incidência dos esquemas hegemônicos traduz-se em uma distorção também relevante dos fatos narrados”⁴²¹.

Direito e política são faces da mesma moeda, pois configuram um sistema de ação *mutuamente referido*⁴²². A porta de entrada da vontade social no mundo do direito ocorria majoritariamente por legislação: jurisfação por normogênese. Mas sempre houve inovação por interpretação. O que se amplia agora é a porta de entrada da política no direito mediante os mecanismos de interpretação judicial. Temos um movimento pendular, mas não uma ruptura do pêndulo.

Na relação de dominação liberal, o acoplamento entre validade e formalidade se torna necessariamente abstrato, para que não transpareçam justamente as relações de dominação.

O chamado “direito dos juízes” legitima, assim, as normas abstratas a partir de escolhas pessoais (imantadas por instâncias políticas)⁴²³. E se há o risco de manipulação subjetiva de textos de normas, haverá também o perigo de alteração de sentidos das interpretações sumuladas, pois não terão passado pela catarse do processo legislativo (para quem acredita na operatividade da democracia representativa).

Mais fácil ainda é a construção de versões conflitantes de narrativas sobre fatos⁴²⁴ quando estejamos tratando da cúpula do Judiciário, e em um sistema

⁴²¹ Michele Taruffo, em “Uma simples verdade – o Juiz e a construção dos fatos”, tradução de Vitor de Paula Ramos, Marcial Pons, 2016, p. 84.

⁴²² Neste sentido, ver Friedrich Müller, em “Metódica Jurídica e Sistema Político – Elementos de Teoria Constitucional II”, editora Bilgung, Joinville, 2014, p. 28, tradução de Michael Kosubek.

⁴²³ Neste sentido, ver Friedrich Müller, em “Metódica Jurídica e Sistema Político – Elementos de Teoria Constitucional II”, 2014, p. 29.

⁴²⁴ Vale a pena ler a conclusão de Michele Taruffo:

“Por fim, como se disse, é necessário que a motivação do juízo sobre os fatos seja congruente e coerente: é intuitivo, de fato, que um conjunto caótico de enunciados e de argumentos desconexos e contraditórios não pode desempenhar qualquer função justificativa. A jurisprudência prevalente

que prestigia mais uma motivação formal ou fictícia do que uma motivação material ou contenciosista⁴²⁵. Os intérpretes da última instância não precisam justificar suas posições para um órgão judicante superior (que poderia filtrar a racionalidade do direito aplicado). Tais juízes da cúpula, entretanto, respondem perante a sociedade e são pressionados, positiva e negativamente, pelos meios de comunicação.

O tema se torna mais complexo e de difícil visualização, a partir dos elementos da Teoria Geral do Estado aqui já debatidos, em uma realidade constitucional como a brasileira, na qual o mesmo Supremo Tribunal acumula as funções de Corte Constitucional e de tribunal de garantias constitucionais do cidadão (ao lado do Superior Tribunal de Justiça, na posição de curador das mesmas garantias do cidadão plasmadas na legislação federal).

Por isso estamos seguros em afirmar que a Teoria Geral do Estado não tem solução técnico-jurídica para encerrar este conflito político. Seria necessária a separação da função moderadora do Supremo em uma Câmara ou Sala Constitucional, um conselho fracionário ou senado-jurídico apartado das funções judicantes em cassação.⁴²⁶ A Teoria Geral do Estado tem filtros e mecanismos

emprega, todavia, um critério excessivamente simplista e fortemente restritivo, julgando haver contradição na motivação somente quando essa contém argumentações que conflitam entre si de maneira tão radical que se anulam. À parte o fato de que nesse caso ter-se-ia, na realidade, ausência de motivação, é bastante curiosa a ideia de que as duas argumentações em conflito se anulem. Em realidade, uma argumentação não anula, de fato, a argumentação contrária: no máximo, fica sem solução a dúvida sobre qual das duas argumentações o juiz tenha desejado utilizar. Em todo caso, o discurso justificativo pode ser incoerente (e, portanto, inidôneo a desempenhar sua função) de muitas outras formas: pode haver pseudointerferências em que as conclusões não sejam retiradas das premissas, enunciados verdadeiros tomados por falsos e enunciados falsos tomados por verdadeiros, enunciados incompatíveis sobre o mesmo fato inseridos no mesmo contexto, termos usados sem razão em significados diferentes, acontecimentos narrados de modo que resultem em contraste recíproco, lacunas narrativas, mudanças injustificadas nos papéis dos personagens, provas consideradas confiáveis e não confiáveis no mesmo contexto, juízos de valor não justificados ou não coerentes com outros juízos de valor, e assim por diante, nas infinitas armadilhas e possibilidades de patologia das argumentações racionais. Todas essas situações e muitas outras (que seria penoso aqui citar) fazem faltar a coerência da argumentação justificativa da decisão sobre os fatos, e, portanto, influem negativamente sobre a racionalidade de tal decisão.

“Se, ao invés disso, a motivação sobre os fatos existir efetivamente, for completa e coerente, poder-se-á, então, dizer que a narrativa dos fatos construída pelo juiz é dotada de uma justificativa racional válida, já que confirmada pela análise crítica de todas as provas disponíveis.”

Em “Uma simples verdade – o Juiz e a construção dos fatos”, tradução de Vitor de Paula Ramos, Marcial Pons, 2016, pp. 277/278.

⁴²⁵ Neste sentido, ver Michele Taruffo, em “Uma simples verdade – o Juiz e a construção dos fatos”, tradução de Vitor de Paula Ramos, Marcial Pons, 2016, p. 274.

⁴²⁶ Philipp Heck, na obra “El problema de la creación del derecho”, entendia que seria possível apartar os problemas em políticos e apolíticos, para a partir disto discutir onde haveria maior ou

para identificar o problema, mas não para solucionar os entraves que dele decorrem.

A solução de tentar, por reformas pontuais, entregar apenas ao Superior Tribunal de Justiça a função judicante, na condição de Corte de Cassação exclusiva, não chegou a um integral êxito.

Isso porque o Supremo Tribunal Federal está legitimado perante a realidade brasileira como última instância de revisão de certos casos concretos, no concernente à aplicação da Constituição brasileira, que é vastamente analítica, e não uma simples carta de princípios (como a norte-americana, por exemplo). Ou seja, na cúpula do Judiciário brasileiro, a competência para atuar como Corte de Cassação está repartida entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça. E nenhuma das instâncias deseja abrir mão ou deixar de exercer suas competências jurisdicionais.

O Brasil seguiu o modelo norte-americano na composição da Corte (modelo anglo-saxão no qual o sistema de direito das relações jurídicas é amplamente contratualizado) e seguiu o modelo francês estatutário na composição dos regimes das várias categorias e instituições jurídicas (daí persistir até hoje entre nós esta “fome de Codificação”, quando o movimento das codificações já perdeu força em outras partes do mundo, em razão das facilidades informáticas).

Neste torvelinho de contradições (um sistema francês com um tribunal anglo-saxão), talvez esteja a razão de base para a evolução conflitiva das funções judiciais, que Lenio Streck prefere chamar de “judiciariocracia de coalizão” e que exerce hoje a função de moderação dos conflitos políticos sobre organização dos poderes. Ouçamos novamente Friedrich Müller:

menor liberdade na interpretação. Registra ele a posição de Zeiler, segundo quem somente um novo órgão administrativo-judicial (com funções consultivas vinculantes) poderia ficar afetado a verter a doutrina jurídica em abstrato, vinculativamente, sobre os demais órgãos com função de aplicação do direito. Para Philipp Heck, Zeiler estaria errado ao desconsiderar a diferença entre modificar a lei e interpretar a lei, sendo que um poder tão grande não poderia existir sem controle parlamentar, e em havendo controle pelo legislador seria mais simples deixar que este mesmo modifique a lei (Ediciones Ariel, 1961, pp. 90/92). Pensamos nós: o que a evolução provou é que o Parlamento não exerce o controle nem modifica a lei a tempo e modo. Daí nossa proposição no sentido de que um pluralismo aberto na interpretação parte da sociedade e devolve à sociedade a fiscalização final sobre a interpretação.

“Direito constitucional é direito político intensificado. De modo geral, a jurisdição constitucional tem a ver com todos os conflitos políticos, ou seja, com a forma jurídica de conflitos sociais e com conflitos sobre organização e limites da dominação estatal.”⁴²⁷

Lenio Streck propõe como solução um giro ontológico-linguístico no conhecimento jurídico. Repisa a ideia de giro copernicano do conhecimento, quando os intérpretes de Kant passam a entender que são os objetos que giram ao redor do sujeito cognoscente, e não o mais o sujeito que circunda o objeto (em oposição à visão ptolomaica de universo)⁴²⁸. Só nos resta agora preparar juízes e colegiados, das várias instâncias, para esta nova fase.

Somente uma visão colegiada e funcionalista de constituição do direito pelas instituições poderia tirar o sujeito solipsista de sua relação de passividade em relação às normas como objeto de aplicação do direito.

Temos no Brasil, de um lado, uma visão fechada e estritamente normativista (fiscalista até, diria Pontes de Miranda). De outro, uma visão institucional que poderia privilegiar a corporação da magistratura na construção de sentido em cooperação com todos os atores processuais (indo mais longe até do que a escola do direito livre). “*Enquanto o jurista normativista detesta as cláusulas gerais porque o deixam inseguro e destroem a calculabilidade, o institucionalista as ovaciona porque deixam o exercício da discricção nas mãos dos juízes*”⁴²⁹, já alertava Franz Neumann, buscando a conciliação entre as duas posições extremas, porque o direito não é um fim em si.

O que temos que encontrar no Estado Jurislador brasileiro é o meio-termo, para que o seu funcionamento não se torne uma deslegitimação autodestrutiva. No Estado Jurista versão industrial (Pierre Legendre fala em “État

⁴²⁷ Neste sentido, ver Friedrich Müller, em “Metódica Jurídica e Sistema Político – Elementos de Teoria Constitucional II”, 2014, p. 34.

⁴²⁸ Poderíamos ir mesmo mais longe nesta linha de raciocínio, para compreender que os impactos da visão kantiana de mundo não chegaram no direito (quando o sujeito assiste os objetos que giram ao seu redor); ou pior ainda, de que faltam muitos passos mais até que a compreensão einsteiniana de mundo permeie a percepção jurídica (pela aceitação de os objetos distorcem o espaço no qual o sujeito cognoscente está imerso).

⁴²⁹ Em “O Império do Direito”, Editora Quartier Latin, 2013, pp. 462/463.

Juriste version industrielle⁴³⁰), a disputa de narrativas deve ser conciliatória e não autodestrutiva. Uma das formas de destruir o debate é justamente via mascaramento da fundamentação real via motivação fictícia, o que se torna ainda mais grave na evolução do estado pontifical romano-germânico para o Estado Jurista (que rapidamente evolui da versão clássica para a versão industrial)⁴³¹.

Na versão, aqui diagnosticada, do Estado Jurislador Brasileiro atual, será imperiosa a construção de uma visão institucional que não engesse a disputa de narrativas judiciais, e que não abandone por completo o piso basal de respeito ao que foi decidido pelos representantes da sociedade. Será necessário o exercício do poder de decidir por algum órgão afetado por um mínimo de legitimação democrática (ou com maior legitimação democrática).

⁴³⁰ Cf. Pierre Legendre, em "*Argumenta Dogmatica – Le Fiduciaire suivi de Le Silence des mots*", Éditions Mille et Une Nuits, 2012, p. 129.

⁴³¹ Cf. Pierre Legendre, em "*Argumenta Dogmatica*", 2012, pp. 102/103.

CAPÍTULO 9. MANDATOS JUDICIAIS E PLURALISMO

Algumas medidas constitucionais de ajuste do sistema Judiciário ao Estado Jurislador brasileiro atual podem ser necessárias. Se temos um sistema judiciário funcionando com força expansiva, torna-se importante discutir a ampliação de sua respeitabilidade perante a sociedade.

Quando o direito invade a política, ou bem reequacionam-se as funções de poder, ou corremos o risco de uma ruptura institucional, o que, aí sim, poderia ser qualificado como estado de exceção.

O cenário atual pós-Constituição de 88, alterada pela Emenda nº 45, requereria a criação de uma Corte, ou Conselho ou Sala Constitucional, dentro ou ao lado do Supremo Tribunal Federal. Com uma composição mais plural da Suprema Corte seria possível definir o alcance das decisões jurisprudenciais vinculantes, sem riscos para a legitimidade do Judiciário.

A sugestão seria a da implantação de um Conselho Constitucional de composição de amplo espectro. Remodelando o Supremo Tribunal Federal, o debate constitucional se tornaria mais e plural, pela participação das diferentes tendências ideológicas, e facilitaria a busca de um consenso sustentável. O invés de tentar varrer a ideologia da cúpula do Judiciário, nossa proposta é ampliar a base de recrutamento da Corte. Depois de todos os argumentos aqui lançados, já está claro que o Estado Jurislador é uma realidade e precisa se voltar para ampliação do quadro de direitos fundamentais.

Não há função oracular individual passível de ser exercida com imparcialidade, neutralidade e isenção em um sistema normativo abstrato em tese. O sistema jurídico brasileiro já vem hoje se conectando efetivamente com a realidade e as pressões sociais, gerando inflexão concreta sobre a subjetividade dos magistrados. A imprensa tem um papel relevantíssimo nisso.

Muito frequentemente são nomeados para a posição de juízes nas Cortes Superiores juristas que não tiveram preparo anterior para lidar com a pressão aberta da mídia. A única degustação antecipada da pressão que virá é a

sabatina prévia pelo Senado da República. O processo de Sabatina com votação pelo plenário do Senado não modifica nem requalifica os candidatos. Não é um processo de aprendizagem, mas apenas uma etapa a ser cumprida.

Os juristas que exercem cargos nas Cortes Superiores chegam prontos a elas do ponto de vista jurídico. Não é a sabatina ou o modo de nomeação que requalifica o sujeito para o exercício do cargo. A sabatina é apenas a comprovação de que as várias forças sociais foram ouvidas (ou que tiveram ocasião de reagir contra uma dada escolha).

Somente uma composição plural das Cortes mais altas poderia forçar uma concertação, entre os vários atores, para tornar simétrica a aplicação do direito no tempo e no espaço. Se a cúpula do Judiciário vem de um certo estrato social, seus julgadores atuarão com as condicionantes deste estamento. Sempre haverá dúvidas sobre se houve ou não julgamento equânime para todo e qualquer jurisdicionado, pois, como já dissemos, a maioria não é julgada por “seus pares” (pois a maioria da população brasileira não tem acesso ao preparo para ocupar funções tão elitizadas quanto as da Justiça). Assim, a distância entre a realidade material e cultural do juiz e dos jurisdicionados muitas vezes é enorme.

Ao se admitir como válido que o direito possa flexionar ou ser intermitente no tempo e no espaço, estamos aceitando que o Judiciário não entrou na República e que seguirá funcionando sem filtragem efetiva de igualdade em sua atuação. No período republicano, a coisa pública deve ser conduzida com isonomia e alternância no exercício do Poder. Uma fração de poder que fique blindada por muito tempo nas mãos de um pequeno grupo força-nos a pensar em desequilíbrio estrutural.

O Estado de Direito brasileiro é profícuo no estabelecimento de direitos em razão da formatação analítica de nossa Constituição. A Constituição da República se tornou tão abrangente que se faz necessária a montagem de uma comissão de vários especialistas, nas inúmeras áreas-fim por ela contempladas, para qualquer comentário técnico sobre o seu texto. Não existe hoje no Brasil um jurista capaz de lidar sozinho com todos os temas de direito constitucional positivo lançados em nossa Constituição.

É imperioso, assim, do ponto de vista da aplicação homogênea de um ordenamento estável, que o ordenamento jurídico tenha impacto de modo simétrico: (i) a todo o momento, (ii) em todos os lugares, e (iii) para todos os sujeitos de modo equânime. Selecionar variegadamente discursos judiciais sobre conteúdos normativos comprova a falta de isonomia no mundo do direito. Questionamos: seria correto entender que todos podem ser presumivelmente iguais perante a lei e não o serem diante da jurisprudência?

Deve haver a incorporação de mecanismos de amortecimento dos choques políticos nos vários setores da vida social regulados pela Constituição. Sem isso o Estado de Direito entraria em crise de legitimidade. Eis aí o motivo de tantas obras e textos se referindo a crise judicial. Segundo Ortega y Gasset, *crise é a falta de critério para decidir*. O que desejamos no direito? Apaziguamento e conformação dos vencidos a qualquer preço? Ou que os judicialmente vencidos admitam a derrota sem negacear a legitimidade institucional da justiça?

Na sociedade de massas, o Estado Industrial deve propiciar o aprimoramento do conflito de narrativas jurídicas. A legitimação do estado brasileiro deve atuar de modo operacional para a proteção de todos os atores sociais. Temos que forçar a uma incidência material do estatuto do cidadão, e não apenas em uma perspectiva meramente formal. Somente o pluralismo nos dará esta perspectiva.

9.1. Interpretação pluralista: mandatos judiciais sem sabatina

A Constituição da República Federativa brasileira consagra o pluralismo de ideias e instituições já no seu preâmbulo, ao enfatizar que o Estado Democrático de Direito deve buscar, como valor, uma sociedade pluralista e sem preconceitos. Em seu artigo 1º, inciso V, enfatiza o pluralismo político (e no art. 206, inc. III, o pluralismo de ideias como base do ensino).

Tais valores constitucionais não devem ser lidos como palavras ao vento ou meros motores retóricos voltados apenas à sociedade civil.

Ao se consagrar o pluralismo, instaura-se um modelo de sociedade

jurídica e politicamente organizada, no qual os vários grupos em contraste devem ser prestigiados. Não se trata da simples possibilidade de alternância de poder, mas assim também do efetivo exercício da contradição dentro de cada investidura periódica em cada um dos poderes. Como diz Geraldo Ataliba: “sem mandato não há República”⁴³².

Não existe, portanto, controle efetivo do poder pelo poder se apenas um único braço ideológico da sociedade estiver instalado por todos os lados. Se assim fosse lícito ocorrer, haveria mera confirmação-cruzada de ideias e modelos, com um poder ficticiamente controlando o outro, e não falaríamos em *freios e contrapesos*, mas sim em *travas e desarreios*.

Pluralismo político significa buscar, no exercício dos poderes estatais, que todas as tendências e modelos sociais participem do debate político – que no Estado Jurislador se torna político-jurídico. Os diferentes ramos ideológicos da sociedade devem ter efetiva oportunidade, com paridade de armas em sentido “lato” (“Waffengleichheit”), de verem suas ideias tomadas em consideração antes da prolação da decisão final de poder. A oposição tem o direito de participar e ser vencida no debate, pois esta é a garantia de uma base decisória plural.⁴³³

Como asseverava Norberto Bobbio, existem dois grandes perigos quando se consagra o pluralismo como modelo. Um problema é o *excesso de pluralismo*, o que pode impedir o funcionamento das instituições por anomia ou falta de decisão. Outro problema, obviamente, é a *falta de pluralismo*, cujo defeito é a concentração, nas mãos de poucos, de todas as decisões em nome dos poderes constituídos.

⁴³² Em “República e Constituição”, p. 91. Ataliba, é claro, refere-se aos poderes eleitos, e estamos aqui aproveitando a mesma ideia para um Judiciário protagonista que exerce jurisfação.

⁴³³ Cf. Monica Herman Salem Caggiano, em “Oposição na Política”, pp. 39 e 72. A ideia de preservação do Estado de Direito está bem tratada nos trabalhos de Quermonne, referidos por Monica Caggiano, conforme já expusemos no texto “A fidelidade partidária entre o ‘candidatismo’ e a ingerência positiva” (cf. Georghio Tomelin, in “Juiz Constitucional – Estado e poder no século XXI – Homenagem ao Ministro Enrique Ricardo Lewandowski”, Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, 2015, p. 172). Repetimos aqui o mesmo raciocínio. Jean-Louis Quermonne, para a legitimidade de uma democracia concretamente pluralista, prioriza a ampliação da base decisória na sociedade e no governo, com um correlato respeito ao Estado de Direito: «La démocratie se reconnaît, par conséquent, à la combinaison d’élections libres, du gouvernement majoritaire et du respect de l’État de droit.». Cf. Jean-Louis Quermonne, em “Les régimes politiques occidentaux”, 5ª edição, Éditions du Seuil, 2006, p. 13.

E eis aqui o problema atual que vive o Estado Jurislador brasileiro: não são todos os setores da sociedade que estão representados na função judicante de injetar conteúdo nas normas legalmente votadas.

De tudo o que foi até agora debatido nos itens precedentes, fica fácil perceber que existe, ao lado do direito produzido pelas normas, ainda o direito composto pelo trabalho das instituições plurais (por vezes usurpado irregularmente por certos intérpretes individuais). Se a composição de tais instituições for sectária, com representação parcial da sociedade, dificilmente poderia atender ao amplo pluralismo inserido na Lei Maior.⁴³⁴

Se o direito envolve aplicar uma dada norma abstrata a determinados fatos concretos, sempre vai ser possível manipular o resultado final da aplicação do direito. Seja modificando o conteúdo da norma, seja alterando a leitura ordinária dos fatos, seja alterando o sentido do direito. No momento do acoplamento do ordenamento ao quadro fático, tudo pode acontecer. Ao longo dos anos, a ciência do direito permitiu aos domadores de sentido a possibilidade de transformar suas próprias perspectivas em instrumentos de medida⁴³⁵.

Ao mesmo tempo em que os textos positivistas rechaçam que (a) o direito não seja criado do nada (“ex nihilo nihil fit”, do nada, nada surge) e que (b) o intérprete respeite os limites da moldura legal, admitem eles que a evolução da sociedade e dos fatos sociais sejam a contingência que nos obriga a admitir certa margem de discricção na aplicação das normas. Sem isso, o ordenamento teria sua aplicação impossibilitada em alguns poucos anos.

Ao se colocar uma Corte no ápice da aplicação contenciosa do direito, espera-se justamente que esta fixe os limites do coeficiente de elasticidade da norma. Isto, para que as demais Cortes ou Juízos inferiores tenham um ponto de apoio com argumento de autoridade e estabilidade que encerre o debate. A homogeneização de sentidos é a garantia de unidade. Aquilo que a era das

⁴³⁴ O texto constitucional desde 1946 consagravam apenas a “pluralidade de partidos políticos”, o que ainda se deu de forma tímida 1964 e 1985. A Constituição de 1988 fala em pluralismo de ideias e de instituições.

⁴³⁵ Neste mesmo sentido, ver Rainer Maria Kiesow, em « L’unité du droit » : « Les dompteurs du sens juridique commencèrent rapidement à transformer sans peur leurs propres perspectives en instrument de mesure ». Éditions de L’École des Hautes Études en Sciences Sociales, 2014, p. 19.

Codificações promoveu via enciclopedismo jurídico, vai agora ocorrer mediante cognição ampliada e verticalizada por precedentes.

Busca-se, portanto, o precedente, não simplesmente por aumento quantitativo, ergonomia ou facilidade no decidir, mas sim para que a autoridade do juízo inferior ganhe imediata confiança social, ao poder aderir, qualitativamente, a um entendimento “superior” decorrente do debate e da densificação de um sem-número de casos semelhantes.

Com a era das codificações se desejou trancafiar os juízes dentro do labirinto do direito. Pela era das interpretações se pretende delimitar a subjetividade interpretativa. O excesso de operações jurídicas simultâneas, em uma sociedade de massas, obriga à imposição de limites.⁴³⁶

Mas, e se o sistema de solução de conflitos passar a não cristalizar na Corte mais alta a referibilidade ou legitimidade jurídico-decisória? Este momento ocorre quando a Corte mais alta inicia, ela própria, a modificação do conteúdo das normas, da leitura dos fatos ou do acoplamento fático-jurídico, sem respeito à própria colegialidade. Ou pior: promovendo a mudança para um novo entendimento sem um debate interno aberto, que possa ser seguido pelos demais atores judiciais. Frustra-se a cooperação.

O debate acerca do modo de recrutamento de juízes para Cortes Constitucionais foi objeto de estudo na obra “Teoria da Justiça Constitucional” de André Ramos Tavares, quando se apresenta a morfologia dos Tribunais Constitucionais e de seu processo decisório, com o qual concordamos e a cujas conclusões aderimos⁴³⁷. Merece apenas uma pequena atualização, no concernente ao “Constitutional Reform Act de 2005”, pelo qual a Inglaterra

⁴³⁶ Neste mesmo sentido, ver Rainer Maria Kiesow, em « L'unité du droit », 2014:

« En réalité, Napoléon a résolu en 1804 le problème de la quantité par l'introduction de 2281 articles dans le Code civil. Les juges eurent alors tous la même loi devant les yeux. Pourtant, ils restèrent prisonniers dans le sombre labyrinthe du droit. », p. 23.

« Dans le nouveau monde du droit, il n'y a plus d'abécédaire. La multitude simultanée des opérations juridiques privées ne se laisse plus saisir par l'alphabet encyclopédique ou par le système encyclopédique. Il n'y a plus de rois qui puissent accomplir de bonnes actions avec l'aide du droit. Il fait maintenant un froid glacial dans le monde infiniment complexe du réseau du savoir. », p. 25.

⁴³⁷ André Ramos Tavares, na obra citada, Editora Saraiva, 2005, pp. 377/380.

estabeleceu as regras acerca de sua Suprema Corte⁴³⁸.

A nossa conclusão sobre os diversos sistemas é no sentido de que é hoje unânime que os juízes exercem atribuição técnica e que precisam estar qualificados para esta importante atribuição. Claro que existem regimes com maior referibilidade técnica, como o Alemão, que exige dois exames difíceis para entrar nas carreiras jurídicas. Por fim, podemos citar a busca de referibilidade social no sistema Norte-americano, que promove eleições diretas para algumas posições judiciais.

A condição técnica do candidato escolhido politicamente varia de sistema para sistema. A questão que nos pareceu de maior relevância, entretanto, é a possibilidade de exercício vitalício, em contraposição à fixação de um mandato por tempo certo.

Um dos fatores de risco que podem gerar descompromisso com a legitimidade institucional decorre da certeza de que os exercentes dos cargos neles poderão ficar sem qualquer tipo de turbação ou termo certo para saída (o sistema norte-americano é materialmente vitalício e o brasileiro formalmente vitalício até a aposentadoria compulsória). Claro que a certeza de não ser perturbado até o final da vida funcional traz como vantagem a desnecessidade de o exercente do poder ter que pensar no seu futuro pós-mandato. O que o deixaria mais livre para decisões desconectadas das pressões da realidade política.

9.2. Sistemas de nomeação judicial política

Optamos aqui por escolher alguns sistemas ou tradições jurídicas. Há estudos de direito constitucional comparado que ampliam o cardápio de soluções e sistemas. Tais estudos são muito mais completos. Nossa meta aqui é demonstrar que o sistema brasileiro necessita de reparos. Por esta razão, com uma visão

⁴³⁸ Cf. “Teoria da Justiça Constitucional”, André Ramos Tavares, 2005, Editora Saraiva, 2005, p. 373. Ressaltamos estar claro hoje que os “Law Lords” não ocupam função judicante a título hereditário, ainda que por uma questão topográfica da sua importância fossem eles anteriormente alocados dentro da Casa dos Lordes no “Judicial Committee”.

dialética de influência histórica sobre nós, selecionamos alguns modelos e descrevemos apenas os aspectos que mais interessam, para amparar nosso raciocínio e nossas conclusões.

Há dois grandes sistemas de nomeação de Ministros de Tribunais superiores, que influenciaram as democracias culturalmente próximas do sistema brasileiro. Pelo *sistema norte-americano* é vitalício o exercício da atribuição de Juiz da Suprema Corte. Pelo *sistema Europeu* fixam-se mandatos (com exceção da Bélgica, que possui um sistema de garantia de exercício até 70 anos). O sistema brasileiro não tem mandatos, mas o exercente sabe que terá que sair do cargo com a aposentadoria compulsória que já foi de 68 anos, 70 anos, e hoje ocorre aos 75 anos (em uma sorte de vitaliciedade mitigada).

Em todos os sistemas existe uma indicação e uma aprovação, sempre por autoridades do mundo político. Segundo Marcelo Figueiredo: “sobretudo nos países europeus, a legitimidade dos Tribunais Constitucionais em relação ao tema da seleção de seus membros assenta-se em uma legitimidade democrática direta ou indireta, já que seus membros são escolhidos, ou indicados, ou mesmo aprovados pelos órgãos da representação política, Congresso (Parlamento), ou Governo, havendo aí uma sorte de conexão, remota que seja, da justiça constitucional com a vontade dos cidadãos.”⁴³⁹

Já houve muito debate acerca da importância de haver um mandato judicial e da inconveniência de que seja ele renovável. Alguns fatores devem ser levados em consideração. De um lado, a necessidade de uma Corte Constitucional afetada específica e exclusivamente à guarda da Constituição. De outro, a titularização de tal competência por técnicos do direito. Os intérpretes da Corte Constitucional terão nas mãos a possibilidade de reorientar as pautas legisladas, modificando o que foi estabelecido pela vontade popular indireta do Parlamento.

Os alemães, por exemplo, em um primeiro momento, definiram que seus 16 (dezesseis) juízes da Corte Suprema (Tribunal Constitucional Federal, segundo o art. 93 da Lei Fundamental alemã) ficariam no cargo por um mandato de sete

⁴³⁹ Neste sentido, ver Marcelo Figueiredo, em “O Controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil”, Malheiros Editores, 2016, p. 26.

anos renovável uma única vez por mais sete anos. Perceberam eles que, para além da natural gratidão do nomeado, havia ainda o risco de busca de aprovação para um segundo mandato (o que poderia perverter a neutralidade das decisões no primeiro período de sete anos). Por esta razão modificaram o sistema para um mandato único de 12 (doze) anos. E nem é preciso dizer que os ex-juizes da Corte Suprema não têm condições de voltar a advogar ou de tentar influenciar decisões da Corte após o fim do mandato, sendo certo que 80% (oitenta por cento)⁴⁴⁰ dos alemães enxergam o Tribunal como um sólido garante de direitos fundamentais.

No sistema francês, os nove sábios do Conselho Constitucional são nomeados por 9 (nove) anos de mandato não renovável. Desde o início, De Gaulle assim o previu na Constituição de 1958 (art. 56 e seguintes). Eles renovam um terço a cada três anos, sendo cada terço nomeado respectivamente pelo Presidente da República, pelo Presidente do Senado e pelo Presidente da Assembléia Nacional. O Conselho Constitucional Francês foi pensado como “cão de guarda” do Executivo, para impedir que os abusos do parlamento usurpassem a tripartição de funções. Isto porque os franceses tinham medo dos efeitos do fisiologismo legislativo ao longo dos anos.

Os italianos, pelo regime do art. 135 de sua Constituição de 1948, fixam em 9 (nove) anos o mandato para juiz da Corte Constitucional sem possibilidade de renovação. Mandato, este, que já foi de 12 (doze anos), tendo sido modificado o dispositivo pelas leis constitucionais de 1967 e 1989.

Na Espanha, o art. 159.3 fixa em 9 (nove) anos o mandato dos juizes do Tribunal Constitucional. Os 12 membros são afinal apontados pelo Rei, sendo quatro escolhidos pelo Congresso (por 3/5), quatro pelo Senado (por 3/5), dois pelo Poder Executivo e dois pelo Conselho Geral do Poder Judicial, entre profissionais com 15 anos e exercício profissional para o referido mandato de 9 anos.

No Brasil, discute-se a criação de um mandato de 10 (dez) anos, sem possibilidade de recondução (há projetos e emenda tramitando neste sentido). A nomeação se daria mediante listas tríplexes de composição mista, propostas por

⁴⁴⁰ Dado fornecido pela jurista Herta Däubler-Gmelin (Ministra da Justiça da Alemanha entre 1998 e 2002), nos debates que participou em São Paulo em agosto de 2017.

várias autoridades públicas. A ideia de se definir um mandato serviria para oxigenar as decisões da Corte, com uma troca mais frequente de Ministros-judiciais.

9.3. Desnecessidade de sabatina cruzada

Atualmente, uma vez indicados, os futuros juízes da Suprema Corte do Brasil passam por sabatina prévia no Senado da República (os senadores são eleitos pelo mesmo colégio de eleitores que escolhe os deputados, pois o sufrágio é universal). Este procedimento de sabatina deveria servir para ampliar a legitimidade e a estabilidade para a função de intérprete da Constituição. Isso também seria útil para aumentar a proteção da Corte contra investida de maiorias ocasionais, quando suas decisões sejam contramajoritárias.

Depois de indicado, sabatinado e nomeado, o Magistrado toma posse perante a Presidência da própria Corte, ficando investido sem prazo, podendo exercer as atribuições até a aposentadoria compulsória por tempo (hoje 75 anos). E somente sairá do cargo, antes, por morte, ou por exoneração, ou por aposentadoria voluntária, ou por decisão de impedimento votada pelo Senado.

A sabatina seria o momento em que a sociedade, por meio dos representantes dos Estados (os senadores), pode conhecer e arguir os candidatos a ministro judicial. O histórico de nomeações e sabinas na Comissão de Constituição e Justiça do Senado, todavia, tem demonstrado que a sessão pública de arguição não tem efetivamente servido para embasar a votação final do nome pelo Plenário do Senado.

Na Alemanha, por exemplo, os juristas, majoritariamente, entendem que uma sabatina pública aberta conduziria à nomeação de pessoas simpáticas. E como os alemães preferem focar na qualidade técnica, que não é atributo necessário de pessoas agradáveis e simpáticas, não existe sabatina pública.

Por esta razão, as avaliações dos nomes são feitas a portas fechadas na Alemanha, preservando os que não foram escolhidos para uma futura ocasião. No sistema norte-americano, há sabatina e pressão midiática com avaliações

profundas de vida pregressa do candidato, que regularmente é um profissional renomado e reconhecido pela sua prática.

Na Alemanha não há receio de que o Tribunal Constitucional passe a ser moldado externamente pela mídia ou por pressão política, pois há uma relação de equilíbrio político nas nomeações. Os juízes são nomeados de modo alternado entre Parlamento (“Bundestag”, de composição semelhante com a nossa Câmara dos Deputados) e o Conselho (“Bundesrat”, semelhante em certa medida com o Senado, ainda que os alemães rechacem a comparação com o Senado americano, pois o Conselho Federal alemão é composto por representantes dos próprios Estados e não por eleição direta pelo povo alemão).

Com isso, os alemães têm a certeza de que metade dos seus 16 juízes é indicada ou foi placitada pelos representantes do povo e a outra metade pelos representantes dos estados-província (sendo que toda a justiça de primeiro grau alemã é estadual). Além disso, todos os candidatos passaram por dois “exames de estado”, e a maioria tem doutorado em direito e exerce atividade de Professor Titular em prestigiosas universidades, o que praticamente neutraliza a possibilidade de um analfabeto jurídico chegar ao Tribunal Constitucional Alemão.

Com o exemplo acima, pretendemos demonstrar o que ocorre no Brasil. Em nossa visão, não é uma sabatina pública, por um Senado eleito diretamente pelo povo (como no caso brasileiro), de um candidato apontado por um Presidente da República regularmente eleito, que garantirá que a Corte não irá sofrer pressões externas nem a elas aderir. Uma vez nomeado um jurista como o membro da Suprema Corte brasileira, o que garante que irá decidir com isenção e imparcialidade é a sua postura, lisura e hombridade pessoal, e não o processo de sabatina pública.

Os que defendem a sabatina como algo salutar: (a) não entendem ser um problema a sabatina afastar da disputa possíveis candidatos que preferem não disputar, em razão de terem uma personalidade introvertida; e (b) defendem que é o único momento para a sociedade civil, via representantes, tentar desnudar qual a posição ideológica do candidato; ou (c) acreditam que existe realmente a possibilidade de reprovação pelo Senado do nome do candidato a ministro judicial,

sem que isso tenha qualquer conexão com a base política do Executivo.

Com o devido respeito, não concordamos com as três premissas acima. A única coisa que pode conter o poder é o próprio poder (pois não há instância superior de revisão acima da Corte Suprema). Temos aqui um problema não-jurídico. De nada adianta discutir a legitimação democrática pessoal para a função de juiz, se não temos como controlar se o exercício posterior, da própria função, será realmente feito em favor dos valores constitucionais.

Há, sim, maior legitimação democrática de um ministro-judicial nomeado por um presidente eleito com 50 milhões de votos e sabatinado por um Senado com aprovação popular. Isso é inegável. No aspecto legitimidade do indicado, o sistema brasileiro já parece eficaz. Mas pode certamente melhorar.

Poderia, por exemplo, haver até maior legitimação em um colegiado judicial formado por representantes apontados pelo Executivo, pelo Senado e pela assembleia, como no modelo francês. Lembramos que no sistema francês, há indicações do Presidente, do povo por meio dos deputados diretamente eleitos, e das administrações territoriais por meio do Senado, que é eleito por sufrágio indireto pelo *Colégio de Grandes Eleitores* (vereadores, bem como conselheiros regionais e departamentais, em sua grande maioria).

Tal qual o modelo alemão, o sistema francês reúne representantes do executivo nacional, do executivo local e da população em geral. No sistema brasileiro, o que garante a pluralidade de atores no Supremo é a vontade do Presidente da República e a pressão popular-midiática, à moda do que ocorre nos Estados Unidos da América. Nos sistemas alemão e francês, a base alargada do colégio tribunalício é garantida pela própria forma de recrutamento. No Brasil temos hoje um único centro de indicações e um só órgão responsável pela sabatina.

O fato inegável é que pode sim haver maior legitimidade em um sistema que filtra tecnicamente os candidatos em um primeiro momento da carreira, para que depois sejam escolhidos alternadamente pelo Parlamento e pelos representantes dos estados, como no modelo alemão. Sendo certo que os alemães jamais aceitariam que ex-presidentes da República pudessem tomar assento no Conselho Constitucional na condição de *membro-de-direito*, como ocorre em solo

francês. Perceba-se que cada sistema tem vantagens e desvantagens, que se justificam na história de suas instituições.

Em todos os diferentes sistemas até aqui referidos, em certa medida, há legitimação democrática. Claro que cada País tem a sua visão de mundo sobre o próprio sistema jurídico. Não podemos mais, na Era dos Direitos, no século do Judiciário, tratar a sacralidade da justiça como algo distanciado da realidade ou fossilizado.

Os sistemas podem e devem ser comparados. Aqui utilizamos como pressuposto a vivência pessoal e o que a massa de doutrina de cada País refere sobre o conhecimento de cada sistema. Se os direitos evoluem, sob influência global, as Cortes que outorgam tais direitos aos destinatários também precisam melhorar em consonância com o aprimoramento da Teoria Geral do Direito de cada País. E o sistema brasileiro precisa de ajustes.

Os alemães carregam nas tintas quando falam da ciência do direito. Os franceses são ciosos da doutrina, mas a jurisprudência francesa se protege de autores e comentaristas em sua função de produzir direito (e respeita-se o Parlamento em sua função de produzir a lei, até porque a reserva legal já protege o Executivo em sua atuação regulamentar em muitos temas). Os italianos focam seus estudos na *giurisprudenza*. Os ingleses não falam em ciência do direito, mas sim na parametrização do que pode ser feito com o curso do caso concreto diante dos demais casos passados e futuros.⁴⁴¹ Os norte-americanos têm uma visão

⁴⁴¹ Vejamos Rainer Maria Kiesow, em « L'unité du droit »: « En Allemagne il y a la *Rechtswissenschaft*. Qu'est-ce que c'est ? Par essence, un phénomène allemand. Uniquement en Allemagne (et en Autriche et en Suisse, plus ou moins) existe la *Rechtswissenschaft*: linguistiquement et institutionnellement. En France, on ne peut pas étudier la 'science du droit'. Il n'y a que le droit, le droit tout court. En Italie, il n'existe pas une *scienza del diritto*. On fait des études de *diritto* ou de *giurisprudenza*. Dans l'espace anglo-saxon, pas non plus de *science of law*, mais seulement *law* dans le cursus. En Allemagne donc, *Rechtswissenschaft*. Ce que c'est ? Pas vraiment autre chose que ce qui se trouve par ailleurs dans la pratique en France, en Italie ou aux États-Unis. Une matière universitaire, qui enseigne le droit en vigueur, c'est-à-dire le droit privé, le droit pénal, le droit public, avec les maintes spécialisations possibles. La science du droit a quelque chose à voir avec apprendre et enseigner. En Allemagne, on appelle cette *Lehre*, la doctrine enseignée et apprise, *Dogmatik*, ou encore *Rechtsdogmatik*, le 'dogmatique juridique'. En France, cela serait justement la doctrine. La dogmatique, la doctrine se distinguent des lois et des arrêts. Les lois sont confectionnées par le Parlement, l'Assemblée nationale, c'est-à-dire par la politique et ainsi, en toute fin de compte, par le peuple. Les arrêts sont rendus par des juges qui, en leur qualité de juges professionnels, ont dû faire des études de *Rechtswissenschaft*, de *law* ou de droit. Le juge allemand apprend le droit chez des professeurs, des scientifiques du droit, des *Rechtswissenschaftler*, qui

pragmática e de resultados (os impactos de um precedente tecnicamente tão simples como “Marbury v. Madison” bem demonstram isso). E nós, no Brasil, tropicalizamos todos estes elementos e os pinçamos aqui e ali quando interessa para fins de apoio a uma dada solução.

O que não há no Brasil e há nos sistemas francês e alemão é a convivência, no colegiado da Corte, entre membros de origem necessariamente diversa, pois no sistema brasileiro todos os 11 ministros do Supremo passam pelo mesmo sistema de indicação e aprovação. Se no Brasil os ministros-judiciais possuem origem diversa, isso é uma contingência do quadro de nomeados (que ocasionalmente provém de diferentes Estados da Federação e de diferentes áreas do direito), e não uma condição de composição exigida pelas normas constitucionais.

Assim, se os temas da interpretação, da filtragem constitucional ou da jurisfação plural do direito não podem ser afinados de modo a impedir que a Corte saia da função original, só resta ao sistema constitucional brasileiro modificar o modo de recrutamento para a Corte. Em nossa visão, é necessário que as decisões produzidas por nosso Supremo passem efetivamente pelo mesmo tipo de debate que ocorre dentro do Parlamento, pois é um Estado Jurislador com protagonismo judicial expansivo. Se indicado por diferentes órgãos, não apenas pelo Presidente, o colegiado judicial estaria mais aberto a debates de natureza política. Mantendo-se, é claro, um debate com maior tessitura racional jurídica.

9.4. Uma sala Constitucional dentro do Supremo

Uma solução simples, além do estabelecimento de um mandato (de

forment des juristes universels, polyvalents dont le *Leitbild*, le ‘modèle’, est justement la figure du juge. Le juriste avec ses deux examens d’État en poche dispose de la qualification de juge. Tel est le but de l’enseignement de la *Rechtswissenschaft* qui serait alors, en tant que matière universitaire, rien d’autre qu’un nom. La réponse à la question de savoir ce qu’est la *Rechtswissenschaft* est par conséquent : un mot, un nom allemand, désignant une matière à apprendre dans une fac de droit. Rien d’autre. ». Éditions de L’École des Hautes Études en Sciences Sociales, 2014, pp. 30/31.

nove, dez, doze ou até 15 anos)⁴⁴², seria triplicar o número de ministros, para que a Câmara e o Senado venham a ter ocasião de indicar outros 22 ministros (onze cada), eliminando-se a sabatina cruzada (que já provou ser inócua) e regrando-se uma sabatina pública por comissões internas de cada poder indicante (Executivo, Senado e Câmara), com amplo debate social aberto sobre o tema.

O parágrafo acima é apenas um exemplo. O objeto do presente estudo não é apresentar soluções para a nomeação de ministros-judiciais, o que virá somente “de lege ferenda”, e ainda enfrentará discussões sobre constitucionalidade dos mandatos. O que queremos demonstrar é que a função expansiva da jurisprudência com vinculação vertical trará o ambiente político para dentro da Corte, o que é inegável. E se a Corte não refletir o espaço político, correremos o risco de discursos deslegitimatórios da atuação do Judiciário. Sem falar em inquinações quanto à ocorrência de estado de exceção judicial.

Há inúmeros sistemas, muito próximos à nossa realidade cultural, que encontraram soluções para ampliar a pluralidade em suas Salas Constitucionais. Sendo que o Brasil parece aferrado a um modelo norte-americano que não nos serve, pois vem prioritariamente do “common law” e interpreta uma Constituição sintética. Totalmente diferente de nossa realidade, conforme acima demonstramos.

O sistema português, muito mais próximo de nós, por exemplo, é de nomeação de um Tribunal Constitucional com 13 (treze) membros, dez designados pela Assembleia da República e mais três cooptados pelos 10 (dez) juízes, com mandato de nove anos não renovável. A Constituição Portuguesa, no seu artigo 222, ainda exige que 6 (seis) sejam selecionados entre magistrados e o restante entre juristas. Pelo regime da Constituição Italiana, no artigo 135, a Corte Constitucional da Itália é composta de 15 juízes nomeados um terço pelo Presidente da República, um terço pelo Parlamento reunido, e um terço pela

⁴⁴² Um mandato muito curto poderia propiciar a flutuação da jurisprudência constitucional. Neste sentido discorre André Ramos Tavares, em sua “Teoria da Justiça Constitucional” (Editora Saraiva, 2005, p. 387). Lúcia Valle Figueiredo sempre insistia em suas aulas que a Constituição exigia 65 anos como idade máxima para certas nomeações como meio de garantir um mínimo 5 anos no cargo, pois a aposentadoria compulsória se dava aos 70 anos na época. Um mandato muito longo poderia ter os mesmos efeitos da vitaliciedade, e a possibilidade de recondução poderia forçar posturas simpáticas como meio de garantir que um novo mandato seja deferido pelos donos do poder.

magistratura ordinária e administrativa. O mandato é de nove anos sem nomeação ou recondução.

A Constituição Política da Colômbia, no seu artigo 239, delega para a lei a definição do número ímpar de membros da sua Corte Constitucional, que exercerão o mandato de 8 (oito) anos, eleitos pelo Senado da Colômbia por ternas que representem o Presidente da República, a Corte Suprema de Justiça e o Conselho de Estado, designados entre as várias especialidades do direito.

O sistema argentino originalmente seguia modelo assemelhado ao brasileiro para as nomeações. Para se iniciar um exercício como Juiz da Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina, o Presidente da Nação simplesmente aponta o candidato e o Senado aprova (bastando um *quorum* de dois terços para o início da sessão). Por requisito subjetivo é suficiente ser advogado com 30 anos de idade e 8 anos de exercício da profissão. Em 1994, na contramão da história, os argentinos reformaram sua Constituição Nacional para permitir subseqüentes nomeações indefinidas após a aposentadoria compulsória que seria aos 75 anos. Com a reforma, são possíveis novas nomeações da mesma pessoa, por períodos de 5 anos em 5 anos, a partir dos 75 anos. Portanto, desde que haja novo acordo político para uma redesignação, o Magistrado pode ficar, até morte efetiva, em um modelo de verdadeira vitaliciedade, tal qual no modelo norte-americano.

Não se trata aqui de promover um profundo estudo sobre a teoria do mandato judicial, pois já há importantes estudos sobre o tema (lembramos aqui os trabalhos de André Ramos Tavares e de Louis Favoreu e Wanda Mastor, aos quais nos referimos). Os dados acima lançados visavam promover um rápido percurso por alguns modelos próximos geográfica e culturalmente do modelo brasileiro.

O que pretendíamos demonstrar é que (i) um sistema com mandatos aporta muito mais estabilidade ao sistema, melhor ainda se (ii) o colegiado for composto com magistrados de formação plural de várias origens. Isto aumenta a chance de decisões plurais.

Precisamos encontrar uma solução que permita ao Supremo Tribunal Federal criar um Plenário ou Órgão Especial interno com funções exclusivamente constitucionais (um verdadeiro Conselho Constitucional), representados pelos três

ramos de nomeação, apartando estes juízes das demais funções judicantes dos casos concretos (quando o Supremo atua como Corte de Cassação).

Em nosso exemplo, uma Corte Suprema do Brasil com 33 membros (mantido sob o nome de Supremo Tribunal Federal), e dentro deste um pequeno Senado, Sala ou Conselho Constitucional interno com 9 (nove) membros⁴⁴³. Um Conselho de nove membros com atribuição exclusiva para decidir processos objetivos com efeitos “erga omnes”, encartado dentro do Supremo Tribunal Federal com 33 membros, restando, portanto, aos 24 (vinte e quatro) membros que não integram o Conselho Constitucional a atribuição de julgar os recursos e ações originárias que tratam de direitos “inter partes”.

A Câmara Federal poderia ficar vinculada a escolher os seus onze representantes dentre indicações dos vários corpos intermediários com legitimação social, e o Senado dentre indicações feitas pelos Governadores dos Estados (que política e orçamentariamente gerenciam a Justiça dos Estados). Todas as nomeações com sabatinas e aprovações internas, mas sem sabatinas cruzadas entre os poderes, pois tal meio não tem atingido o fim ao qual originalmente se preordenava.

Uma tal composição aumentaria a legitimidade do Supremo Tribunal Federal para fins de melhor aplicação das decisões que já hoje compõem o Estado Jurislador brasileiro, e apartaria o processo constitucional subjetivo do processo constitucional objetivo. Isto traria a complexidade do debate político para dentro do Judiciário, evitando que acusações de atuação na condição de legislador positivo atípico possam ser utilizadas para arranhar a legitimidade institucional da cúpula do Judiciário.

⁴⁴³ Aderimos ao excelente estudo de André Ramos Tavares, em sua “Teoria da Justiça Constitucional” (Editora Saraiva, 2005, pp. 380/388) com estudo de caso sobre número de integrantes, tempo de mandato e possibilidade de recondução de juízes de cortes supremas. Vejamos uma de suas conclusões na p. 385: “A quantidade de integrantes de cada Tribunal Constitucional parece ter sido estabelecida aleatoriamente, sem preocupações técnicas com o volume de trabalho, o número de entidades federativas, a necessidade de representação de grupos minoritários, a extensão territorial, o contingente populacional, as formas de acesso e outras variantes que poderiam ser eleitas para chegar-se a um número adequadamente composto.”

CAPÍTULO 10. PROCESSO CONSTITUCIONAL OBJETIVO

O exercício do poder enseja o risco de produzir abusos. Tal risco amplia-se quando um órgão exerce competências que tradicionalmente não lhe pertenciam. Para as atribuições ordinárias e rotineiras, existem hipóteses de controle já definidas e estáveis. Quando uma nova competência ampliada passa a ser exercida, novos mecanismos de controle e de interdependência precisam ser estabelecidos.

Denominamos Estado Jurislador a configuração atual do Estado brasileiro, pela qual o limite do que seja direito passa a ser definido por uma nova lógica técnico-jurídica. O processo constitucional objetivo passa a ser utilizado como instrumento de modalização de condutas, o que será válido se respeitar o pluralismo de ideias da sociedade aberta de intérpretes da Constituição. A abertura está aqui no sentido de garantir o acesso de todos os destinatários ao conteúdo do debate judicial, o que está permitido em razão de não se tratar de processo subjetivo sobre direitos de indivíduos identificados. Já dizia Hegel, no início do século XIX:

“Pendurar as lei tão alto, como fez Denis, o Tirano, que nenhum cidadão as pode ler, ou enterrá-las debaixo de um imponente aparato de sábios livros, de coleções de jurisprudência, opiniões de juristas e costumes, ainda por cima em língua estrangeira, de tal modo que o conhecimento do direito em vigor só seja acessível àqueles que especialmente se instruem, tudo isso constitui uma única e mesma injustiça.”⁴⁴⁴

O Judiciário pode ir além da obra do Legislador com vistas a promover os direitos fundamentais, mas sempre tendo como meta a integral compreensão do destinatário sobre o que se vai fazer com o seu quadro de direitos. Assim, a interpretação aberta, em favor dos destinatários, precisa ser incorporada na sistemática decisória da Corte Constitucional, sem o que a relação contextual das

normas pode não se efetivar como Estatuto do Cidadão. Neste sentido Peter Häberle:

“O direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática. A interpretação constitucional realizada pelos juízes pode-se tornar, correspondentemente, mais elástica e ampliativa sem que se deva ou possa chegar a uma identidade de posições com a interpretação do legislador.”⁴⁴⁵

Claro que o grande tema do direito constitucional é o método para circunscrição do que se condiciona chamar círculo hermenêutico. Para Canotilho, precisamos encontrar a *teoria da constituição constitucionalmente adequada*. Entende ele – com o que concordamos – que as relações da Teoria do Direito Constitucional com a Metodica Constitucional “são problemas teóricos ainda hoje de certa nebulosidade”.⁴⁴⁶ Canotilho preconiza que o entrelaçamento entre a Constituição jurídica e a Constituição política irá exigir a compatibilização entre o “teorema idealístico”, de intenção política, com uma “teoria realista” da própria dimensão política do sistema constitucional⁴⁴⁷. É o que acima denominamos de modelo-elitista *versus* modelo-realidade.

Ocorre que, no sistema brasileiro, convivem em nossa “Corte Constitucional” duas funções distintas. O mesmo colegiado do Supremo Tribunal Federal ora atua como Sala Constitucional garantidora de valores constitucionais e, em outros momentos, como Corte de Cassação, com a função de fazer valer o direito constitucional positivo. Temos uma mistura de procedimentos que debatem processo constitucional objetivo, com autos de processo que discutem direitos subjetivos de indivíduos determinados.

⁴⁴⁴ Cf. G. W. F. Hegel, em “Princípios da Filosofia do Direito”, tradução de Orlando Vitorino, 1ª edição, 4ª tiragem, São Paulo, Martins Fontes, 2009, p. 191 (§215).

⁴⁴⁵ Cf. Peter Häberle, em “Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição”, SAFE, 1997, p. 48.

⁴⁴⁶ Cf. José Joaquim Gomes Canotilho, em “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas”, 2ª edição, Coimbra, 2001, p. 79.

⁴⁴⁷ *Op. et loc. cit.*

Nos procedimentos que debatem direitos subjetivos o Supremo Tribunal Federal age como Corte de Cassação. Em havendo repercussão geral, destes procedimentos, que deveriam originalmente ter efeitos meramente “inter partes”, se extrai eficácia expansiva para casos futuros e para casos já em andamento nas instâncias inferiores. Assim, os processos subjetivos passam a ter efeitos equiparáveis aos do processo constitucional objetivo.

O que defendemos é que, doravante, haja uma construção coletiva e racional dos direitos, maiormente quando isto ocorra por formação jurisprudencial. Essa racionalidade alargada deve ocorrer: seja no momento da produção da norma abstrata votada pelo Parlamento (quando é, sim, verificada a visão dos juízes e de todos os que interferem no processo judicial sobre uma dada matéria), seja no momento da aplicação da norma-adjudicada pelo Judiciário (quando se reformam e se atualizam conteúdos normativos via interpretação judicial).

A pressuposição de que o Legislativo produz normas em abstrato que serão posteriormente aplicadas pelo Judiciário, a criar momentos estanques e ontologicamente separáveis, não existe mais. Isto porque não existe o observador que tudo vê. A modelagem interpretativa da Teoria Geral do Direito parte do pressuposto da existência de um sujeito cognoscente de capacidade infinita. Ele não existe. A observação depende da estrutura do observador. E isto significa que vamos ter que reconfigurar o observador jurídico das normas.

Nesse novo modelo de Estado, a juridicidade progressiva do poder normativo se exerce por meio da jurisfação, que é justamente a composição coletiva das possibilidades jurisprudenciais de aplicação do direito. A concertação dos intérpretes passa a ter preponderância na circunscrição dos institutos do direito, a partir de elementos da realidade fática e de suas possibilidades de enquadramento pelo Direito.

Antes, um processo legislativo com racionalidade própria se encerrava por um ato de vontade delegada pelos eleitores. E isto resolvia a relação inaugural do direito. A sociedade aceitava – ou não questionava – a relação jurídica daí decorrente e a sistemática de imposição de condutas.

Agora, limites muito mais estreitos do que pode e do que não pode ser objeto de legislação são impostos pela racionalidade própria do Direito. No século XXI, de franca preponderância da razão Judicial, a Era dos Conflitos desloca o pêndulo da concreção do conteúdo normativo para o momento da subsunção.

10.1. Releitura dos valores da sociedade pelo Judiciário

Focaremos nossa análise conclusiva na atuação da Corte Suprema. Não que este seja o único caminho. Até o Código de Processo Civil brasileiro fala em jurisprudência vinculante. Se a Era dos Direitos assume prevalência judicial no Século XXI, é evidente que esta se dá em todas as instâncias.

Ocorre que o mecanismo de acesso à Corte Suprema de cada País e a função expansiva de sua jurisprudência são os vetores que melhor podem balizar a compreensão sobre o lado para o qual o sistema irá evoluir. Vejamos assim alguns sistemas que se poderiam comparar com o brasileiro.

Os franceses por muito tempo evitaram dar ao cidadão acesso ao Conselho Constitucional. A justiça da França não é tratada como “poder”, até pelo trauma dos usos e costumes do Judiciário no antigo regime (lembrar as “lettres de cachet” é mais do que suficiente). Na visão da política francesa, a Constituição seria apenas uma carta política que organiza a estrutura e os valores da Nação Francesa. O Conselho Constitucional seria o cão de guarda do Executivo, para coarctar previamente abusos do Legislativo.

Com o passar do tempo, houve a aceitação de que valores inseridos no preâmbulo da Constituição Francesa de 1958 tivessem força normativa, ao lado dos direitos do homem e do cidadão e da Constituição de 1946. A partir disso, o Conselho Constitucional Francês passa a ser o “cão de guarda do cidadão” francês.

Esta função foi ainda ampliada em 2008 pela criação da QPC (“question prioritaire de constitutionnalité”, questão prioritária ou prejudicial de

constitucionalidade)⁴⁴⁸, que permite a qualquer advogado provocar a instância do Conselho Constitucional Francês para fins de fiscalizar a aplicação de normas que atentem contra os valores constitucionais. Após a QPC os franceses passaram a falar em jurisdicionalização⁴⁴⁹ do Conselho Constitucional (que estava totalmente fora da estrutura do Judiciário, até porque os franceses têm mesmo restrições em falar em “poder” quando se referem às funções judiciais). O Conselho Constitucional passa, a partir daí, a interferir com controle posterior na validade das normas, em uma função colegisladora.⁴⁵⁰

Isto que os franceses obtiveram em 2008, já temos há muito tempo no Brasil. Seja em controle difuso pela via “incidenter tantum”, seja via controle direto por intermédio de vários legitimados ativos (rol do art. 103 da CF).

No Brasil, portanto, temos muito mais acesso à Corte Suprema. Desde a Emenda Constitucional nº 16 de 1965, já se podia falar tecnicamente em um sistema de fiscalização abstrata de constitucionalidade. Nosso controle concentrado direto está submetido ao rol do art. 103 da Constituição de 1988, o que ampliou o rol de legitimados (antes da Constituição de 1988 apenas o Procurador Geral da República poderia provocar o STF).

A França restringe o controle de constitucionalidade. O Brasil abre tal possibilidade a um certo número de legitimados. Já a Alemanha abre ao cidadão a possibilidade de provocar a Corte Constitucional, mas não se prende a qualquer peia ao simplesmente não conhecer um dado pedido quando for julgado irrelevante ou impertinente.

Conforme já assinalamos na RTDP 25/150, “*o constituinte não facultou*

⁴⁴⁸ Consultem-se as obras: “La Question Prioritaire de Constitutionnalité” sob a direção de Dominique Rousseau (Gazette du Palais, Lextenso éditions, 2010); “La QPC, Le Procès et ses Juges – L’impact sur le procès et L’architecture juridictionnelle” sob a direção de Emmanuel Cartier (Daloz, 2013); e “La question prioritaire de constitutionnalité”, de Christine Maugué e Jacques-Henri Stahl (2.ed., Daloz, 2013).

⁴⁴⁹ Neste sentido, ver Louis Favoreu e Wanda Mastor, na obra “Les cours constitutionnelles”, 2ª edição, 2016, p. 23.

⁴⁵⁰ Philippe Blachère (em “Contrôle de constitutionnalité et volonté générale”, PUF, 2001) atribui ao Conselho Constitucional a posição de colegislador, pois interfere na composição do conteúdo das normas votadas (p. 177). Seria ele ainda o representante do “povo constituinte” (p. 185), e nessa condição poderia chegar a configurar um terceiro poder (p. 197) na organização da sociedade do “povo atual”.

ao cidadão brasileiro ajuizar diretamente recurso na Suprema Corte, com vistas a controlar a interpretação que os agentes públicos deverão conferir aos direitos fundamentais.” Já o “instituto do recurso constitucional, tal como disposto na Grundgesetz, permite dar excelente cumprimento ao sistema de freios e contrapesos, inerente à interdependência recíproca entre os poderes, até pela maneira como está composto o Tribunal Constitucional Federal Alemão. Uma vez provocado pelo cidadão, o Tribunal fixa o entendimento acerca dos valores em si atribuídos aos direitos fundamentais.”⁴⁵¹

Em suma, se os alemães possuem o acesso direto ao Tribunal Constitucional desde o princípio (ainda que com filtros severos para obtenção da análise de um caso), para os franceses tal direito foi deferido apenas em 2008 (e ainda com a restrição de se ter que subir o calvário das instâncias, judicial ou administrativa, de primeiro e segundo graus). O controle de constitucionalidade sempre foi para os franceses considerado um risco, justamente por permitir que a magistratura (historicamente ocupada pela nobreza ou pela burguesia) pudesse aniquilar, com juízos de apreciação meramente racionais, aquilo que o embate político produziu no foro legislativo.

Ou seja, este passo que os franceses deram somente em 2008⁴⁵², nós brasileiros em certa medida já havíamos dado em 1988 (ou, mesmo com a Emenda nº 16 de 1965, durante o período castrense, com evidente vies autoritário, é claro)⁴⁵³, quando outorgamos ao STF o controle concentrado de constitucionalidade provocável por várias autoridades (que assumiu preponderância não cogitada inicialmente, apesar da permanência concomitante do sistema de controle difuso)⁴⁵⁴.

⁴⁵¹ Cf. Georghio Tomelin, em “A quadratura dos direitos fundamentais nos diferentes círculos judiciais de eficácia: Brasil-Alemanha”. Org. Maria Garcia e Flavia Piovesan. Doutrinas Essenciais – 100 anos. Direitos Humanos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 345/346.

⁴⁵² Em 1974 já haviam permitido que um conjunto de 60 senadores ou deputados provocasse um controle “a priori” da lei antes da sua promulgação. E bastava um pedido verbal do Conselho Constitucional ao Palácio do Eliseu, informando que a nova norma iria ser questionada, que se segurava a publicação final para aguardar a opinião do Conselho.

⁴⁵³ Em 1965 somente o Procurador Geral da República poderia provocar o controle de constitucionalidade em abstrato pela via direta.

⁴⁵⁴ Neste sentido, ver Marcelo Figueiredo, em “O Controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil”, Malheiros Editores, 2016, p. 14.

É bem verdade que, na mesma Constituição de 1988, restava a prerrogativa do Senado para “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” (art. 52, X). Tal dispositivo foi obliterado pela jurisprudência e pela prática do Senado brasileiro, que vem evitando manifestar-se após a palavra final do Supremo.

O fato é que a realidade constitucional brasileira modificou-se, ou por mutação da Constituição, ou por costume, ou por desuso constitucional. Nossa doutrina vem aceitando que o Supremo está livre, com a atribuição de retirar do sistema normas consideradas inválidas, ao fundamento de inconstitucionalidade. Daí ter ficado subentendido que poderia ele, na mesma medida, aplicar regimes jurídicos para situações não previstas originalmente, a bem da evolução da sociedade. Se pode o mais, que é eliminar a lei do sistema, pode o menos que é propor uma releitura mais moderna das normas e da Constituição.

E assim, decisões importantes ocorreram, como por exemplo a aplicação de parte do regime dos casados para uniões entre pessoas do mesmo sexo. As pesquisas de opinião dos jornais mostram que a maioria heterossexual, no mundo todo, é contra a bênção do Estado (e das religiões em geral) para uniões que não sejam passíveis de produção de prole fértil, essencial à continuidade da sociedade (o que para muitos é uma realidade material, e para outros puro preconceito ideológico). É, portanto, inegável que a função contramajoritária do Supremo nesta matéria colocou o Brasil no rumo contrário ao preconceito, e foi, assim, essencialmente importante para a evolução da sociedade em direção ao reconhecimento dos direitos das minorias.

E há os que entendem que o Supremo criou direito e outros que compreendem que a Corte simplesmente disse que a família decorre de relações de afeto e não está enclausurada na questão sexual. Assim, se as pessoas se amam, vivem juntas com estabilidade emocional e respeito recíproco, deve haver proteção estatal aos direitos de herança e outros benefícios de natureza fiscal e previdenciária. Isto independe do sexo dos conjugues ou de haver relações sexuais entre eles, pois não há essa exigência no texto constitucional. A previdência já teve pleitos de irmãos que vivem sob o mesmo teto, com esforço conjunto na gestão

econômica, e que requerem reconhecimento de união estável, sendo indubitoso que não possuem qualquer relação de índole sexual. O Supremo não modificou a Constituição nem alargou o conceito de família em nossa visão. O que se fez foi apenas não restringir o que a lei não restringiu (“ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus”).

Temos aqui um importante exemplo pelo qual as instituições reunidas fixaram um marco para um direito, para o bem da sociedade, elastecendo um direito fundamental de proteção estatal, pois os direitos e garantias expressos na “Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados” (art. 5º, §2º). Por terem criado tal proteção, os juízes sofrem, em sentido contrário, pressão justamente daquelas forças sociais que têm representação ampla no Congresso e que são totalmente contra o reconhecimento da união homoafetiva.

Para o Estado Jurislador, o mais relevante deste debate é a força “erga omnes” das decisões da Corte Suprema. Seja em sede de processo constitucional objetivo (controle concentrado, súmulas vinculantes, *v.g.*), seja mediante processos subjetivos com efeitos “ultra partes”. Pois, com a eficácia expansiva, as decisões colegiadas do Supremo Tribunal Federal passam a assumir força que antes nunca houve no direito brasileiro. Modulam a realidade fático-jurídica e até as posturas futuras do Legislador em determinadas matérias, ainda que não haja vinculação jurídica do legislativo em nosso sistema constitucional.

10.2. Instrumental do processo constitucional objetivo

Utilizamos a expressão “processo constitucional objetivo” para circunscrever aqueles procedimentos especiais nos quais não há direitos subjetivos “inter partes” em debate. E nos quais, preferencialmente, não deveria haver controvérsia sobre fatos concretos, mas apenas discussão concentrada sobre normas controladas em abstrato.

O sistema de processo objetivo se preordena à avaliação jurídica acerca

da validade (a) de normas legais (por ADI, ADC, ADO, etc.) ou (b) de posturas da administração passíveis de apreciação (por ADPF)⁴⁵⁵. A presença ou não de um substrato de fato nos processos objetivos já foi muito discutida pela doutrina. Eis a síntese conclusiva de André Ramos Tavares:

“Pode-se afirmar seguramente que boa parte da doutrina refuta a idéia de que o processo objetivo esteja inexoravelmente atrelado à vedação da análise dos fatos concretos (BITTENCOURT, 1997: 75-7; MENDES 1999: 493-518; CANOTILHO, 1993: 1030; SÁCHICA, 1980: 67; HÄBERLE, 1975: 12 TAVARES, 2001: 279/80).

“Se se considerarem as demais funções de um Tribunal Constitucional para além daquela de controle das leis, facilmente se comprova essa necessidade da absorção de fatos nesse nível processual.

“Assim ocorrerá no âmbito da função governativa, ou mesmo legislativa, na qual o Tribunal Constitucional poderá ingressar na denominada prognose (procurando aquilatar fatos futuros), que, normalmente, reservar-se-ia ao legislador.”⁴⁵⁶

Ou seja, existe, sim, a possibilidade de uma leitura pessoal dos fatos futuros, que se entendam pertinentes ao caso. Tais fatos, em tese, deveriam servir de substrato para a elaboração de uma norma legal. Quando concretamente identificados, são os mesmos fatos que devem embasar uma dada jurisprudência vinculante. Isto pode ocorrer seja em sede de processo subjetivo, seja em processo constitucional objetivo.

Na visão de Michele Taruffo, já citado anteriormente, estaremos diante de narrativas de discursos sobre fatos, que não se excluem e que podem ser defensáveis em sentidos opostos ao mesmo tempo. Serão versões. Tudo depende da maneira como o julgador as organize e de como discorra com vistas a fundamentar a decisão.

Nas palavras de Pierre Legendre, o liame se apoia na ordem, que deve ser entendida como a capacidade pessoal e inconsciente de cada um de autoimpor a sua própria ordem. Na formulação jocosa utilizada por Gofredo da Silva Teles Júnior em suas aulas e palestras: *bagunça é uma ordem que não te convém*.

⁴⁵⁵ Remetemos o ponto às conclusões de nosso próprio estudo sobre a “Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: instrumento para uma Remodelada ‘interpretação autêntica’ dos Direitos Fundamentais”, publicado nos “Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva”, 2003, Malheiros Editores, pp. 659/694.

E assim julgam os julgadores: produzindo normas de decisão sobre fatos em tese, e promovendo leituras de natureza política com a pressuposição inconsciente da existência da figura de um outro absoluto (“au discours d’un Autre absolu”)⁴⁵⁷. Este outro absoluto tanto pode estar qualificado pela mão invisível do Estado, como pela adaga isenta da Justiça. Em nome do que poderá a Corte Constitucional brandir a competência para declarar “pro futuro” direitos em tese. Assumirá a função de legislador, quando injetar conteúdo nas normas, ou de Legislador Positivo, nas hipóteses em que criar direito novo “ex nihilo”.

Na direta medida em que os julgamentos extrapolam os limites da separação dos poderes, aumenta o hermetismo e o formalismo judicial em sua estrutura. Isto funciona como barreira de proteção contra a visualização do mau julgamento, que atentaria contra a instrumentalidade do processo (Cândido Rangel Dinamarco). No livro “Bem Julgar – Ensaio sobre o Ritual Judiciário”, afirma Antoine Garapon:

“Os juristas são constantemente tentados a aplicar o direito pelo direito, sem ter a conta a realidade. Tal como o obsessivo, fascinam-se com a forma. Deixam-se invadir por ela, deixam-se devorar por um perfeccionismo que os impele permanentemente para um maior aperfeiçoamento. À força de precisões, por exemplo, as fórmulas jurídicas crescem até se tornarem completamente incompreensíveis.”⁴⁵⁸

Segundo Garapon, o magistrado assume uma figura paternal, que tem como antecedente lógico a onipotência que serve de fundamento à visão ingênua dos filhos em relação aos pais. Questiona ele se não teríamos aí um “mecanismo idêntico no mito do legislador nacional, tido como um ente todo-poderoso que tudo pode fazer.”⁴⁵⁹

O Judiciário, sem a base de legitimação democrática popular, se arvora

⁴⁵⁶ Em a “Teoria da Justiça Constitucional”, 2005, Editora Saraiva, 2005, p. 398.

⁴⁵⁷ Pierre Legendre em “L’Empire de la Vérité – introduction aux espaces dogmatiques industriels - Leçons II”, Librairie Arthème Fayard, Paris, 1983, p. 80. No original: « La question du lien est celle d’un discours de l’ordre. Mais cet ordre doit s’entendre comme reflétant, si je puis dire, *la capacité de l’inconscient d’imposer son ordre*. Voilà en définitive un point-clé, la difficulté sur laquelle nous buterons toujours, chaque fois qu’il s’agira de nous interroger sur le politique en tant que discours à travers lequel se remuent les humains-inconscients, pris dans le collage au discours d’un Autre absolu. »

⁴⁵⁸ Cf. Antoine Garapon, na obra “Bem Julgar – Ensaio sobre o ritual judiciário”, tradução de Pedro Filipe Henriques, editado por Instituto Piaget, 1999, pp. 215/216.

⁴⁵⁹ Cf. Antoine Garapon, ob. cit., p. 220.

em filtro do “espírito do povo” e da “salvação pública” (expressões célebres em momentos conturbados da história). Diferentes grupos disputam a juridicização da “visão coletiva” sobre a moral pública, como meio de desqualificar a posição do adversário, que será “assim declarada contrária aos valores fundamentais em que se assenta a Constituição.”⁴⁶⁰

A diferença é que agora, no Estado Jurislador, a “neutralidade discursiva” virá da ampliação do processo constitucional objetivo.

10.3. Hierarquização judicial em abstrato

Os sistemas jurídicos separam as funções de poder, para que os que possuem a competência para ditar a lei não utilizem tal atribuição para resolver problemas de partes determinadas e nominalmente identificadas. Evita-se, também, que o aplicador da norma não tente redefinir o comando normativo, para tirar do meio do seu caminho normas com as quais subjetivamente ele não concorde. Prestigia-se, assim, a isonomia no estabelecimento das regras votadas que passam a ser aplicáveis a todos. Em um modelo clássico, a segurança estaria na separação de funções, para que o Judiciário não aja como um colegislador irresponsável.

O que se percebe agora é a necessidade de prognose no tempo. Não pode o Judiciário valer-se da atividade de interpretar, para modificar o regime jurídico caso a caso. Se o fizer, deve responder pelas consequências. Como pode, por exemplo, o Judiciário fixar a lista de medicamento de dispersação obrigatória sem a responsabilidade de olhar o todo orçamentário? Seria muito mais lógico então alocar verbas da saúde dentro do Judiciário para que ele exerça a filtragem total da justiça distributiva neste aspecto. Permitir que um agente isoladamente decida sobre o que fazer em um dado caso com o numerário de outros órgãos igualmente relevantes, é um sem-sentido administrativo. Isso, antes de ser um problema jurídico, atenta já contra o *princípio da unicidade de comando* da ciência

⁴⁶⁰ Cf. Antoine Garapon, na obra “Bem Julgar – Ensaio sobre o ritual judiciário”, editado pelo Instituto

da administração. Cada órgão cuida do seu orçamento, devendo as prioridades globais serem analisadas em conjunto.

Com a possibilidade de hierarquização em abstrato de posturas judiciais pelo próprio Judiciário, este problema multiplica-se exponencialmente. A hierarquia das normas submete a um encadeamento temporal e espacial a estrutura coordenada de órgãos judiciais nas várias instâncias. Segundo Carlos-Miguel Pimentel, a hierarquia espacial ou topográfica das normas resulta da hierarquia temporal, tema este esquecido nas lições de Merkl e Kelsen sobre a “*Stufenbautheorie*” (teoria do escalonamento de normas), o que pode ser o ponto de partida para a crítica do excesso de poderes do juiz contemporâneo.⁴⁶¹

No Estado Jurislador, como já vimos, o aplicador das normas passa a brandir a espada da justiça em nome de uma melhoria racional do sistema com efeitos “pro futuro”. E, para tanto, é necessário que sua leitura da realidade seja verificada para além da compreensão subjetiva do magistrado que acha suficiente julgar olhando pela janela (quando é ele que escolhe a janela).

Além de resolver os casos concretos, o que segue sendo função das Cortes Superiores, haverá a possibilidade de rever a elasticidade e o âmbito de validade das normas aplicáveis a um dado caso. Pela atuação da jurisprudência no Estado Jurislador, passa a ser possível modificar regimes e selecionar argumentos sobre fatos.

O magistrado estará lendo o passado e ao mesmo tempo aquilatando o futuro. Se por um lado temos restrição ao livre convencimento individual motivado, dada a verticalização via jurisprudência vinculante, por outro lado temos a ampliação da força prognóstica de todos os juízes na leitura da realidade. A ciência e a vida gravitam em torno das regras gerais, apoiadas na crença pessoal dos

Piaget, 1999, p. 232.

⁴⁶¹ Diz o texto original de Carlos-Miguel Pimentel dedicado a Olivier Jouanjan: « La doctrine de la séparation des pouvoirs, au contraire, raisonne para une *hiérarchie dans le temps* : pour qu’il y ait un ordre juridique, il faut que la décision individuelle soit prise sur la base d’une règle préalablement énoncée. La notion même d’une règle de droit n’a de sens que si la règle préexiste à son application. Il faudrait donc dire que, dans la séparation des pouvoirs, la hiérarchie spatiale des normes découle de la hiérarchie temporelle : c’est parce que la Constitution préexiste à son application qu’elle sera supérieure. On verra qu’un tel enseignement, totalement oublié par la *Stufenbautheorie* de Merkl et

indivíduos que exercem o poder.⁴⁶²

Para complicar ainda mais a isenção do método científico constitucional, misturam-se, no mesmo Supremo Tribunal Federal, manifestações relativas a processo subjetivo e processo objetivo. Tudo gerido por homens e mulheres, em todos os graus e estamentos da magistratura, os quais ficam imbuídos da mesma precompreensão das regras constitucionais e procedimentos adotáveis, se uma dada jurisprudência vinculante orientar em um dado sentido a generalidade de casos pendentes de análise.

Se ao Supremo Tribunal Federal é dada a força e a atribuição para sumular de modo vinculante, muitos juizes de primeira instância reagem a isso com a concepção pessoal de que também eles sumulariam em um ou outro sentido. Por um processo de transferência, cada juiz se coloca na posição do superior, pois tem como meta existencial a progressão na carreira.

Segundo Renato Mezan, a *hermeutiké* é a “arte do trânsito e do vínculo entre pontos distantes, quer sejam geográficos ou semânticos”. Relembra ele que Aristóteles “trata da proposição ou sentença e das variadas formas pelas quais o predicado se liga ao sujeito”, e conclui que “hermenéia” resulta justamente da “ideia de vínculo ou de conexão (*symplokê*), no caso entre um sujeito ou substância e os predicados ou atributos que lhe convêm”.⁴⁶³ A simbiose semântica entre norma e compreensão do seu texto é um cenário fértil para subjetivismos.

A razão é escrava da vontade, e o juiz certamente “saberá” escolher os atributos dos fatos ou das normas que lhe são mais úteis, ou para progredir na carreira, ou para atender às pressões sociais, ou cumprir sua consciência de classe, ou para decidir do modo correto a partir de sua visão de mundo. Como sempre enfatizava Miguel Reale nos debates do Instituto Brasileiro de Filosofia, entre o “*Lebenswelt*” (mundo da vida) e a “*Weltanschauung*” (visão de mundo) é que os sujeitos constroem as suas verdades.

Kelsen, pourrait pourtant servir de point de départ à une approche critique des pouvoirs du juge contemporain. »

⁴⁶² A mesma ideia de Deleuze é utilizada por Rainer Maria Kiesow, em « L'unité du droit », p. 60: « ...il n'y a de science et de vie qu'au niveau des règles générales et des croyances ».

⁴⁶³ Os trechos de Renato Mezan são todos da p. 176 da obra “Interfaces da Psicanálise”, 2002, Cia das Letras.

Isto, que normalmente já pode ocorrer no processo subjetivo torna-se ainda mais grave se praticado sob a força abstrata do processo constitucional objetivo, pois o Judiciário torna-se legislador positivo. Se a jurisprudência vinculante for produzida colegiadamente, de modo plural, como meio de ampliar o Estatuto do Cidadão, teremos válida jurisfação placitada judicialmente.

Se for produzida de modo isolado, ainda que sancionando valores do sistema jurídico em prol da coletividade, corremos o risco de perda de legitimidade institucional. Não é possível admitir que o mecanismo de juridicização dos valores políticos (jurisfação do poder) seja promovido pela jurisprudência, sem um mínimo de legitimação democrática ou em desrespeito frontal ao texto da Constituição.

O que se promove com a hierarquização das posturas judiciais do Estado Jurislador, pela leitura aqui defendida, é a de um Estado-Juiz que sai da posição de mero árbitro material dos conflitos. O Judiciário passa a assumir a posição de agente político declarado, com poder para interferir no conteúdo originário dos debates sobre regras de funcionamento do Estado, bem como deferimento ou negativa de políticas públicas.

O controle abstrato de normas sempre existiu. Vejamos a lição de Teori Albino Zavascki:

“Natureza do processo nas ações de controle abstrato

“Se considerarmos os três elementos básicos da atuação do fenômeno jurídico – ou seja, a norma abstrata, o suporte fático de sua incidência e a norma individualizada (relação jurídica) que daí surge –, poderemos identificar algumas notas distintivas entre (a) a função jurisdicional exercida comumente pelo Poder Judiciário na solução de conflitos de interesse concretizados e (b) a que se desenvolve nos processos de controle abstrato de constitucionalidade. No primeiro caso, a função jurisdicional é concebida como atividade destinada a atuar sobre *o suporte fático e a norma individualizada*, dirimindo controvérsias a respeito do surgimento ou não da relação jurídica, ou sobre a existência ou o modo de ser de direitos subjetivos, de deveres ou de prestações. No segundo, faz-se atuar a jurisdição com o objetivo de tutelar não direitos subjetivos, mas, sim, a própria ordem constitucional, o que se dá mediante solução de controvérsias a respeito da legitimidade da *norma jurídica abstratamente considerada*, independentemente da sua incidência em específicos suportes fáticos.”⁴⁶⁴

O tema que aqui debatemos recai sobre a utilização do controle de constitucionalidade, como forma de alargar a atuação do Judiciário, que se torna o

⁴⁶⁴ Cf. Teori Albino Zavascki, em “Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional”, 4ª edição, Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, 2017, p. 57.

palco ampliado da jurisfação. Vem daí o risco para a segurança e certeza do direito, pois *juiz não pode ser um escravo do passado, nem déspota do futuro* (Cruz e Tucci e Goodhart). Pior ainda, se a cúpula do Judiciário se tornar déspota de juizes das instâncias inferiores, ao fundamento da manutenção da unidade do sistema, promovendo modificações “ad hoc” nos regimes dos casos.

Isso seria uma “*contradictio in adjecto*”, pois poderíamos acabar destruindo a unidade coordenada do sistema jurídico de solução de controvérsias, que inicia apreciando fatos e situações reais sob a proteção de todo o ordenamento (e não de uma fração dele selecionada “ad libitum” pelo magistrado).

Segundo Garapon: “ao eleger a justiça como seu novo palco”⁴⁶⁵, os mecanismos de implementação democrática aniquilam o direito positivo e destroem a concepção original de segurança jurídica. O risco para a segurança está na possibilidade de o Judiciário deixar de olhar para o passado (sua grande bagagem) e passar a refletir livremente sobre o futuro. O estudo evolutivo do direito jurisprudencial ao longo dos anos deve ser feito de modo sincrônico e diacrônico, o que já hoje está facilitado com as múltiplas fontes de acesso eletrônico.⁴⁶⁶

Um processo constitucional objetivo desconectado da realidade fática evoluirá para a destruição da legitimidade do Estado-Juiz. Uma Corte Constitucional de composição larga por vários atores políticos ampliaria o pluralismo de ideias e instituições. Uma visão jurisprudencial sólida sobre o passado garantirá um processo constitucional objetivo em condições de ampliar o elenco de direitos fundamentais do cidadão. Agir em nome da força expansiva da jurisprudência de modo isolado poderia arranhar o espaço reservado ao Legislador e a própria legitimidade do Estado-Juiz em sua posição de artífice central do Estado Jurislador.

⁴⁶⁵ Cf. Antoine Garapon, na obra “Bem Julgar – Ensaio sobre o ritual judiciário”, editado pelo Instituto Piaget, 1999, p. 233.

⁴⁶⁶ Esse era um dos medos que afligiam Julius Hermann Von Kirchmann: “Solo la scienza del linguaggio si trova in una situazione analoga; anche il suo oggetto è in progressiva evoluzione; ma tuttavia essa è in una posizione decisamente migliore della giurisprudenza, dato che il passato del suo oggetto è nella più grande abbondanza conservato e può esser raggiunto attraverso antichi documenti e scritture.” Em “La mancanza di valore della giurisprudenza come scienza”, tradução de Paolo Frezza, Giuffrè Editore, Milano, 1964, p. 12.

D - CONCLUSÕES

O Estado Jurislador corresponde a uma releitura do sistema de tripartição de poderes, levando-se em consideração um maior protagonismo do Judiciário. Diante desse novo fenômeno, não se afigura aceitável que juízes e tribunais exerçam parcela da função normativa sem que se fixem mecanismos de controle delimitadores desta atividade expansiva.

A Teoria Geral do Estado desponta como a disciplina que pode auxiliar no estabelecimento de novos limites para a separação de poderes, propondo soluções de controle que devem refletir a pluralidade de ideias, consagrada pela Constituição. Isto, porque a tradicional interdependência recíproca entre os poderes precisa ser revista à luz da “Era dos Conflitos” que se estabelece no século XXI. Um outro equilíbrio de poderes será necessário com a ampliação do protagonismo judicial. Novas formas de controle popular precisam surgir.

A divisão material de atribuições originais dos poderes não tem mais sido integralmente respeitada. No Estado Jurislador, a produção de comandos modalizadores de conduta passa a surgir da interpretação ou da criação original por tribunais ou juízes monocráticos, por vezes sem o apoio em normas legisladas. Valores do sistema jurídico passam a condicionar a aplicação das normas, algumas vezes se afastando da axiologia que condicionou a elaboração do quadro normativo original. Há situações de confronto direto entre os poderes, e outras de mera ocupação de espaços vazios.

Isto torna imperiosa a repactuação da separação de poderes. Ao se confundirem as instâncias ordinárias de produção normativa com a de execução de conteúdos normativos durante conflitos jurídicos, exsurge a discussão sobre a insegurança da tripartição em sua modelagem original. Se o Judiciário vai produzir normas a partir de sua experiência nos julgamentos das lides, essa atribuição tem que ser parametrizada por uma racionalidade própria.

É necessário repensar a segurança jurídica original. No Estado

Jurislador, temos que passar de um modelo estático para uma compreensão procedimental da Constituição. O Supremo Tribunal Federal não pode deixar de cumprir o seu papel de preencher os vazios normativos. Ou, ainda, de repelir ações das instâncias inferiores contrárias aos limites interpretativos de sua jurisprudência.

Isto não significa que a Corte Suprema possa avançar até a destruição de sua própria legitimidade institucional perante a sociedade. Isto porque o Estado Jurislador tem por função evitar o retrocesso: a meta do Direito é o desenvolvimento da civilização. A não ser assim, restaria aumentada a insegurança social, pois autoritarismos vazios de fundamentação jurídica representam involução social e insegurança.

Segurança é previsibilidade, conforme repetimos ao longo desta tese. Assim, os discursos de aplicação das pautas do Direito em um Estado Jurislador precisam ter sustentabilidade. O controle da produção judicial de conteúdos normativos precisa garantir a ampliação do Estatuto do Cidadão. É, sim, possível um Estado Jurislador que não atente contra a segurança jurídica, desde que a autocontenção colegiada seja uma meta coletiva. Se o exercício de poder jurisdicional serve para a repartição dos ônus sociais, não podemos depositar a confiança da sociedade em um único intérprete isolado.

A segurança jurídica não é automaticamente arranhada pela abertura do texto normativo a diferentes interpretações. Ela é um padrão que decorre da legitimação do sistema judicial. Uma maior legitimação do Judiciário perante a sociedade repercute diretamente na referibilidade positiva do direito. A textura ampla das normas sofre também o impacto da produção jurídica internacional sobre assuntos que estão na ordem do dia na política mundial.

Aceitar que alguns temas recebam insumos internacionais milita em favor da maior amplitude dos direitos correlatos. A visão global privilegia uma solução geral que pode atender uma racionalidade de maior espectro. Da mesma forma, torna-se necessário formatar o Judiciário de cada país, para que barreiras internas na aplicação dos direitos não se tornem um empecilho.

Quando passamos a sofrer o influxo real de elementos externos – sem os filtros dos mecanismos da legitimação democrática interna –, perde sentido o

discurso jurídico de que nada poderia escapar ao normativismo. Ou de que existe unidade completa do ordenamento da regulação da sociedade. É a homogeneização de sentidos que garante a unidade, via consenso colegiado da sociedade de intérpretes da Constituição.

O direito constitucional internacional encilha o sistema nacional, que se conforma produzindo leis e jurisprudência vinculante no mesmo viés. O papel do método na interpretetação passa a ser relevante de um ponto de vista institucional. Pois um constitucionalismo multinível irá impactar nas fontes do direito, privilegiando o modelo racional de leitura do ordenamento.

Partimos de uma perspectiva hermenêutica na qual há dois modelos de análise de temas no direito. O modelo-elitista de compreensão racional e o modelo-realidade que se volta à relação empírica.

No modelo-elitista acredita-se em valores sociais previamente selecionados de modo racional pelos intelectualmente mais preparados. Já para o modelo-realidade temos que identificar aquilo que normalmente ocorre, recolhendo os dados sobre o que de ordinário se faz no direito. No Estado Jurislador o grau de legitimidade democrática irá aumentar, na medida em que se maximizem soluções pautadas em um modelo-realidade. Temos um historicismo jurídico moderno, com o direito nascendo da realidade. Mas é inegável a influência de um modelo-elitista pelo qual valores externos ao debate parlamentar democrático aditam conteúdos normativos no momento da aplicação.

De um modo geral, ampliou-se, pela Emenda nº 45, e legislação regulamentar subsequente, aquilo que se convencionou denominar eficácia expansiva das decisões judiciais das Cortes Superiores. Não sem razão, há quem defenda que o direito brasileiro migrou, em essência, para a racionalidade procedimental do “common law”.

O papel de interpretar cada caso concreto não é estático, mas sim diacrônico, pois passa a envolver a construção de sentido “pro futuro” das normas. A cada novo caso existe o dever de evolução jurídica na esteira do desenvolvimento social. Todos os sujeitos no processo têm o dever de cooperação na construção de sentido, e não apenas os integrantes do Judiciário.

Somente uma concepção coletiva de independência decisória pluralista, objetivamente constatável em direção à implementação de cada direito, pode proteger o sistema de abusos pontuais assimétricos. Essa construção, no direito brasileiro, tem como ponto de partida o pluralismo de ideias e instituições. Eis aí o único critério que pode impedir que um discurso ideológico único se aproprie do Estado Jurislador. Concepções pontuais e subjetivas não podem ter impactos em todo o sistema decisório nacional. Sentidos ou conteúdos normativos, hoje, é verdade, ou bem são produzidos pelo Legislador ou pelo Judiciário, desde que a partir de um debate colegiado plural.

O papel do Judiciário neste século XXI será o de manter alto o nível de leitura das normas e impedir que direitos fundamentais sejam subtraídos por interpretação. A Era dos Direitos se torna Era dos Conflitos como meio de ampliar o Estatuto do Cidadão, garantindo-se a celeridade de acesso aos direitos. O que temos que encontrar no Estado Jurislador brasileiro é o meio-termo, para que o seu funcionamento não se torne uma deslegitimação autodestrutiva.

No Estado Jurislador será imperiosa a construção de uma visão institucional que não engesse a disputa de narrativas judiciais. E, ao mesmo tempo, que não abandone o piso basal fixado pelos representantes da sociedade. Uma jurisdição expansiva exige o exercício do poder por algum órgão judicial com legitimação democrática ampliada.

Algumas medidas constitucionais de ajuste do sistema Judiciário ao Estado Jurislador brasileiro serão necessárias. Se temos um sistema judiciário funcionando com força expansiva, torna-se importante discutir a ampliação de sua respeitabilidade perante a sociedade, o que se dará pelo aumento da base de recrutamento de titulares do referido poder.

A homogeneização dos sentidos judiciais das normas é garantia de unidade, o que já era atuação regular da magistratura. O novo está em um protagonismo com efeitos modificadores das normas para o futuro sem a necessidade de alteração legislativa. Ou seja, aquilo que a era das Codificações promoveu via enciclopedismo jurídico irá doravante ocorrer mediante cognição ampliada e verticalizada por precedentes jurisprudenciais. O enciclopédico no

direito atual é conhecer globalmente a visão dos tribunais sobre as normas.

A produção da jurisprudência vinculante, na condição de atuação legiferante atípica, exige a fixação de mandatos judiciais com maior alternância no exercício deste poder. A vitaliciedade mitigada até a aposentadoria compulsória aumenta a estabilidade dos magistrados para decisões de enfrentamento da realidade política, o que é inegavelmente uma vantagem. Entretanto, no Estado Jurislador tendemos, em termos de normogênese, a um tricameralismo; daí a necessidade de um mandato judicial. Se são 4 (quatro) anos para deputados e 8 (oito) para senadores, que seja no mínimo 10 (dez) ou 12 (doze) anos para ministros-judiciais.

A nomeação de magistrados da Corte Suprema poderia ocorrer mediante listas tríplices de composição mista, propostas por várias autoridades públicas. A ideia de se definir um mandato serviria para oxigenar as decisões da Corte, com uma troca mais frequente de Ministros-judiciais. Com magistrados de diferentes origens alarga-se a compreensão decisória em procedimentos de processo constitucional objetivo.

Uma Corte Constitucional alargada no seu modo de recrutamento aumenta as chances da realização concreta do pluralismo de ideias e instituições. Uma visão jurisprudencial sólida sobre o passado pode ampliar o elenco de direitos fundamentais do cidadão. É mais qualitativo o somatório de compreensões individuais de magistrados selecionados por diferentes entes da República Federativa do Brasil. Agir em nome da força expansiva da jurisprudência de modo isolado poderia arranhar o espaço reservado ao Legislador e a própria legitimidade do Estado-Juiz em sua posição de artífice central do Estado Jurislador. Daí a necessidade do alargamento da base de recrutamento da Cúpula do Judiciário para julgamentos efetivamente colegiados.

Por meio do processo constitucional objetivo, o Judiciário assume também a posição de legislador positivo atípico. Além disso, extraem-se conteúdos decisórios com efeitos “ultra partes” também de processos que debatem direitos subjetivos “inter partes”. O sistema de precedentes à brasileira, dessarte, coloca a jurisprudência vinculante na posição de fonte primária do direito. As deliberações

judiciais vinculantes devem partir de precedentes reiterados e não de casos isolados. Até porque a imposição de súmulas vinculantes para a criação de direito novo não decorrente de precedentes reiterados ofende a separação dos poderes.

As atribuições do Supremo como Corte em Cassação devem ser exercidas por julgadores diferentes dos que integrem órgão que discuta jurisprudência vinculante. O Estado Jurislador convive com a maximização da função criadora do direito nas fronteiras do Judiciário. Tais mecanismos sempre existiram e agora apenas são ampliados, sem que se possa falar automaticamente em ruptura institucional ou em estado de exceção. A ideia de exceção envolve a comprovação material de que o Judiciário tivesse assumido o comando num plano inclinado de emergência, não sendo um argumento que decorre, portanto, apenas de uma situação formal. Não há de ser da simples descrição do modelo de Estado Jurislador que decorrerá um estado de exceção judicial brasileiro.

O Estado Jurislador é uma evolução do Estado de Direito, na exata medida em que facilita a compreensão e a aplicação do quadro legal. Ganhamos celeridade para um efetivo acesso aos direitos fundamentais constantes com a verticalização de temas judiciais pacíficos. Não se pode correr o risco de injeção de conteúdo subjetivo nas normas para além do direito do caso concreto, como meio de singularmente pretender o juiz a modalização da jurisprudência exclusivamente a partir de sua visão de mundo. A jurisfação judicial somente será válida se respeitar o pluralismo de ideias e instituições, e decorrer concretamente de visão colegiada de uma Sala ou Conselho Constitucional com exclusiva afetação a tal função.

E eis aí a encruzilhada metodológica atual para a Teoria Geral do Direito e para a Teoria Geral do Estado: tornar politicamente plural a estrutura judiciária para colocar a jurisprudência vinculante ao lado da vontade geral e, assim, facilitar a busca de consensos no processo aberto de interpretação da Constituição.

E - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia. Trad. Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ADORNO, Theodor W. *Três estudos sobre Hegel – Aspectos, Conteúdo da experiência, Skoteinos ou Como ler*. Trad. Ulisses Razzante Vaccari. São Paulo, Editora Unesp, 2013.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Excepção*. Lisboa: Edições 70, 2003.

ALCÂNTARA, Pedro de (D. Pedro II). *Conselhos à Regente*. Rio de Janeiro: Livraria São José, 1958.

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona: Editorial Gedisa S.A., 1997.

ALMEIDA, Fernando Menezes de. Ver MENEZES DE ALMEIDA.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem Pública e Processo*. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

ARAGÃO, J. Guilherme de. *La Jurisdiction Administrative au Brésil*. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1955.

ARNAUD, André-Jean. *O direito traído pela filosofia*. Trad. Wanda de Lemos Capeller e Luciano Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1991.

_____. *Da regulação pelo direito na era da globalização*. Artigo publicado no Anuário PIDIG/UERJ. Coord. Celso de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Critique de la raison juridique – 2 Governants sans frontières – Entre mondialisation et post-mondialisation*. Paris: LGDJ, 2003.

ARRUDA ALVIM, José Manual. *Manual de Direito Processual Civil*. 9.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 31.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Vol. I. 2.ed. São Paulo: Forense, 1979.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. São Paulo: Editora Saraiva, 6ª edição, 2017.

BASILIEN-GAINCHE, Marie-Laure. *État de droit et états d'exception – Une conception de l'État*. Paris: PUF, Fondements de la politique, 2013.

BAUMAN, Zygmunt. *Intépretes e Legisladores*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BEAUD, Olivier. *Théorie de la Fédération*. 1.ed. 3.tir. Paris: Presses Universitaires de France, 2013.

BEÇAK, Rubens. *Democracia – Hegemonia e Aperfeiçoamento*. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

BENJAMIN, Walter. *Passagens*. Trad. Irene Aron e Cleonice Paes Barreto Mourão. Org. Willi Bolle. 1.ed. 2.tir. São Paulo: Imprensa Oficial e Editora UFMG, 2009.

BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. 2.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

BERTALANFFY, Ludwig von. *Teoria Geral dos Sistemas – Fundamentos, desenvolvimento e aplicações*. Trad. Francisco M. Guimaraes. 8ª ed. São Paulo: Editora Vozes, 2008.

BEZERRA, Helga Maria Saboia. *A Constituição de Cádiz de 1812*. Revista de Informação Legislativa – RIL. v. 50. n. 198, abril/junho 2013.

BINGHAM, Tom. *The rule of law*. London: Penguin Books, 2011.

BLACHÈR, Philippe. *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*. Paris, PUF, 2001.

BLANCO, Pablo Lopez. *La ontología jurídica de Miguel Reale*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo – Edição Saraiva, 1975.

BOBBIO, Norberto. *Direito e poder*. Trad. Nilson Moulin. São Paulo: Editora Unesp, 2008.

_____. *Thomas Hobbes*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1991.

_____. *Teoria do ordamento jurídico*. Trad. Claudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Polis e Editora Universidade de Brasília, 1989.

_____. *O futuro da democracia*. 7.ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

_____. *Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política*. 7.ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

_____. *A Era dos Direitos*. 9.ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de

Janeiro: Campus, 1992.

_____. *A Era dos Direitos*. 9.ed., 26.tir, Trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. *Elogio da serenidade*. 2.ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Ed. Unesp, 2011.

BODIN, Jean. *De la République – Extraits*. Paris: Librairie de Médicis, 1949;

BOMFIM, Manoel. *O Brasil na América: caracterização da formação brasileira*. 2.ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997.

_____. *A América Latina*. Rio de Janeiro: Editora S. A. A Noite, 1903.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10.ed. 7.tir. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

BOURDIEU, Pierre. *Sobre o Estado: cursos no Collège de France (1989-92)*. Trad. Rosa Freire d'Aguiar. São Paulo: Cia das Letras, 2014.

_____. *La distinction critique sociale du jugement*. Paris: Les Éditions de Minuit, 2007.

BRETON, Philippe. *L'incompétence démocratique : La crise de la parole aux sources du malaise (dans la) politique*. Paris : La Découverte, 2006.

BREYER, Stephen. *The Court and The World – American law and the new global realities*. New York: Alfred A. Knopf, 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Oposição na Política – Propostas para uma Rearquitetura da Democracia*. São Paulo: Editora Angelotti, 1995.

CALDEIRA, Jorge. *José Bonifácio de Andrada e Silva*. 1.ed. São Paulo: Editora 34, 2002.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo – direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Almedina Brasil, 2016.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

CÂNDIDO, Antônio. *Um funcionário da Monarquia – Ensaio sobre o Segundo Escalão*. Rio de Janeiro: editora Ouro sobre Azul, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *“Brançosos” e Interconstitucionalidade – itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2012.

_____. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle Judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984.

_____. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1999.

_____. *Giudici Legislatori?* Milano: Giuffrè Editore, 1984.

_____. *Juízes irresponsáveis?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1989.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: SAFE, 2002.

CARDOSO, Luciana Zaffalon Leme. *Uma espiral elitista de afirmação corporativa: blindagens e criminalizações a partir do imbricamento das disputas do sistema de justiça paulista com as disputas da política convencional* (tese). FGV/SP, 2017.

CARDOZO, Benjamin N. *La nature de la décision judiciaire*. Trad. Gwénaële Calvès. Paris, Dalloz, 2011.

CARTIER, Emmanuel. *La QPC, Le Procès et ses Juges – L'impact sur le procès et L'architecture juridictionnell*". Paris: Dalloz, 2013.

CASSESE, Sabino. *A Crise do Estado*. Trad. Ilse Paschoal Moreira e Fernanda Landucci Ortale. Campinas: Saberes Editora, 2010.

CASTANHEIRA NEVES ver NEVES, A. Castanheira.

CASTRO, Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1989.

_____. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 3.ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 29.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

CONI, Luís Claudio. *A internacionalização do poder constituinte*. Porto Alegre: SAFE, 2006.

CONSTANT, Benjamin. *Cours de Politique Constitutionnelle*. Paris: Librairie de Guillaumin et Cie, 1861.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Obra coletiva coordenada por Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini, Bruno Dantas. São Paulo: Thompson Reuters e Editora Revista dos

Tribunais, 2015, p. 2210.

COSTA, Susana Henriques da. *Condições da Ação*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2005.

CUNHA, Sérgio Sérulo da. *Ver SERVULO DA CUNHA*.

DAHL, Robert A. *A preface to Democratic Theory – Expanded Edition*. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos: da idade média ao século XXI*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

_____. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 31.ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2012.

_____. *O Poder dos Juizes*. 2.ed. São Paulo: Saraiva Editora, 2002.

_____. *Constituição e Constituinte*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. *O renascer do direito*. 2.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

DAVID, René. *Les grands systèmes de droit contemporains*. 8.ed. Paris: Dalloz, 1982.

DEBORD, Guy. *La Société du Spectacle*. Paris: Folio Gallimard, 1992.

DEMO, Pedro. *Metodologia do Conhecimento Científico*. São Paulo: Atlas, 2000.

DICEY, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. London: Macmillan and Co., Limited St. Martin's Street, 1939.

DICKSON, Brice (edited by). *Judicial Activism in Common Law Supreme Courts*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

DUVERGER, Maurice. *As modernas tecno-democracias – Poder Econômico e Poder Político*. Trad. Max da Costa Santos. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1975.

ELTCHANINOFF, Michel. *Dans la tête de Vladimir Poutine*. Arles: Solin/Actes Sud, 2015.

FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe. *Onze Supremos: o Supremo em 2016*. Belo Horizonte: Editora Letramento, FGV Rio, 2017.

FAVOREU, Louis; MASTOR, Wanda. *Les cours constitutionnelles*. 2.ed. Paris: Dalloz, 2016.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 5.ed. Padova: Cedam, 1989.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno – Nascimento e crise do Estado nacional*. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do Poder Executivo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994.

_____. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. 2.ed. Osasco: EdIFIEO, 2015.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1998.

_____. *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, decisão, Dominação*. 2.ed. São Paulo: Editora Atlas, 1996.

_____. *A ciência do direito*. 2.ed. São Paulo: Editora Atlas, 1980.

FIGUEIREDO, Marcelo. *O Controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

_____. *Constitucionalismo multinível e pluralismo jurídico*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2017.

_____. *Direito Constitucional Transnacional e algumas de suas dimensões*. Tese Concurso para Professor Titular PUC/SP, no prelo, 2007.

FIORAVANTI, Marco. *Sieyès et le jury constitutionnaire : perspectives historico-juridiques*. Annales historiques de la Révolution française. Varia 349. Paris: Armand Colin Éditeur, 2007.

FISHER, Louis. *Constitution Dialogues: Interpretation as Political Process*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1988.

_____. *Presidential Spending Power*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1975.

FRANKENBERG, Günther. *A gramática da Constituição e do Direito*. Trad. Elisete Antoniuk da edição alemã de 2003 (Suhrkamp Verlag). Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia – O guardião das promessas*. Trad. de Maria Luiza de Carvalho do original (“Le Gardien des Promesses”, Éditions Odile Jacob, Paris). Rio de Janeiro: Revan, 1999.

_____. *Bem Julgar – Ensaio sobre o ritual Judiciário*. Trad. Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. *Os juízes na mundialização – A nova revolução do direito*. Trad. Rogério Alves do original “Les juges dans la mondialisation”. Lisboa: Instituto Piaget, 2006.

GARCIA, Maria. *Desobediência civil: direito fundamental*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Desobediência civil: direito fundamental*. 1.ed. São Paulo: RT, 1994.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución Como Norma y el Tribunal Constitucional*. 3.ed. Madrid: Civitas, 2001.

GOLDSCHMIDT, James. *Problemi generali del diritto*. Padova : Cedam, 1950.

GOLDSWORTHY, Jeffrey. *The Sovereignty of Parliament – History and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 2004.

GORDILLO, Agustin. *El método em direito*. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

GRANDJEAN, Geoffrey. Paul. *Les juges: décideurs politiques? Essais sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction. Article*. Bruxelles: Éditions Bruylant, 2016.

GROSSI, Paolo. *O direito entre poder e ordenamento*. Trad. Arno Dal Ri Junior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

_____. *L'Assolutismo giuridico - I perché e le prospettive della crisi della giustizia in Italia*. Milano: CMC, 1999.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *L'intégration républicaine: essais de théorie politique*. Trad. Rainer Rochlitz. Librairie Arthème Fayard, Pluriel, 2014.

_____. *Verdade e Justificação – ensaios filosóficos*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

_____. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade II*. Trad. Flavio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 1997.

HAURIOU, Maurice. *A teoria da instituição e da fundação – Ensaio de Vitalismo Social*. Trad. José Ignácio Coelho Mendes Neto. Porto Alegre: SAFE, 2009.

HECK, Philipp. *El problema de la creación del derecho*. Trad. Manuel Entenza. Barcelona: Ediciones Ariel, 1961.

HEGEL, G. W. F. *Enciclopédia das Ciências Filosóficas (1830)*. Trad. Paulo Meneses. Vol. I - A ciência da lógica. São Paulo: Edições Loyola, 1995.

_____. *Princípios da Filosofia do Direito*. Trad. Orlando Vitorino. 1.ed. 4.tir. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Trad. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968.

HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. *Metodologia Científica na Pesquisa Jurídica*. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2017.

HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy – The origins and consequences of the new constitutionalism*. Harvard University Press, 2007.

HOBBS, Thomas. *Leviathan – Or, Matter, Form, and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil (Paris 1651)*. Great Books William Benton Publisher. Chicago, London, Toronto: Encyclopaedia Britannica, 1952.

_____. *A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England*. Edited by Joseph Cropsey. Chicago and London: The University of Chicago Press, 1997.

JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Trad. Fernando de los Ríos. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

KAHN, Paul. W. *The Reign of Law*. New Haven and London: Yale University Press, 1997.

KALUSZYNSKI, Martine. *La fonction politique de la justice*. Paris, Grenoble: La Découverte/Pacte, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *Il primato del parlamento*. Trad. Carmelo Geraci, Milão: Giuffrè Editore, 1982.

_____. *La dottrina pura del diritto*. Trad. Renato Treves, Milão: Giulio Einaudi editore, 1953.

_____. *Théorie Pure du Droit*. Trad. Henri Thévenaz. Neuchatel: Éditions de la Baconnière, 1953.

KMIEC, Keenan D. *The Origin and Current Meaning of Judicial Activism*. California Law Review, vol. 92, Issue 5, outubro, 2004, pp. 1441/1478.

KERCHOVE, Michel Van de. *Les limites relative du droit*. Paris: Mare & Martin, 2016.

KIESOW, Rainer Maria. *L'unité du droit*. Paris, Éditions de L'École des Hautes Études en Sciences Sociales, 2014.

KIRCHMANN, Julius Hermann. *La mancanza di valore della giurisprudenza come scienza*. Trad. Paolo Frezza. Milano: Giuffrè Editore, 1964.

KRYNEN, Jacques. *L'incoercible gouvernement des juges. Sur l'intérêt d'étudier la magistrature dans la longue durée historique*. Rev. Histoire des justices en Europe. Toulouse: CTHDIP, 2014-2015.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 5.ed. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998.

LAFER, Celso. *Filosofia e Teoria Geral do Direito: um Percurso no Direito do Século XXI (Volume 3)*. 1.ed. São Paulo: Editora GEN-Atlas, 2015.

_____. *A Era dos Direitos* (apresentação). 26. Tir. São Paulo: Elsevier, 2004.

_____. *A reconstrução histórica dos direitos humanos – Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

LALANDE, André. *Vocabulário – técnico e crítico – da Filosofia*. Vol. I. Trad. Fátima Sá Correia, Maria Emilia Aguiar, José Eduardo Torres e Maria Gorete de Sousa. Porto: Rés Editora, s/d.

LAMBERT, Édouard. *Le Gouvernement des juges*. Paris: Dalloz, 2005 (edição fac-similar da edição de 1921).

LARENZ, Karl. *Storia del método nella scienza giuridica*. Milano: Giuffrè Editora, 1966.

LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, Enxada e Voto*. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1997.

LEGENDRE, Pierre. *Argumenta Dogmatica – Le Fiduciaire suivi de Le Silence des mots*. Paris: Éditions Mille et Une Nuits, 2012.

_____. *L'Empire de la Vérité – introduction aux espace dogmatiques industrielles - Leçons II*. Paris: Fayard, 1983.

LEMOINE, Yves. *La Loi, Le Citoyen, Le Juge*. Paris: Flammarion, 1990.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Reclamação Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994.

_____. *Globalização, Regionalização e Soberania*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2004.

_____. *O protagonismo do Poder Judiciário na era dos direitos*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, n. 251, maio/ago, 2009, pp. 77/86.

LIBCHABER, Rémy. *L'ordre juridique et le discours du droit – Essai sur les limites de la connaissance du droit*. Paris: LGDJ Lextenso éditions, 2013.

17. LIMA, Alcides de Mendonça. “Jurisdição Voluntária” na Revista de Processo nº

LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; Albuquerque, Paulo Antonio de Menezes. *Democracia, Direito e Política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller*. Florianópolis: Fundação Boiteux e Conceito Editorial, 2006.

LOCHAK, Danièle. *Le droit et les paradoxes de l’universalité*. Paris: PUF, 2010.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona, Caracas, México: Ed. Ariel, 1979.

_____. *Political Power & Governmental Process*. Chicago & London: The University of Chicago Press, 1965.

_____. *Le forme della cooptazione – I processi autonomi di produzione dei gruppi privilegiati*. Milano: Giuffrè Editore, 1990.

LONG et al. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 11.ed. Paris: Dalloz, 1996.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História – Lições Introdutórias*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2000.

_____. *O oráculo de Delfos – O Conselho de Estado no Brasil-Império*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

_____. *História da Justiça e do Processo no Brasil do Século XIX*. Curitiba: Juruá Editora, 2017.

LOSANO, Mario. *Os grandes sistemas jurídicos*. Trad. Marcela Varejão. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

_____. *Poder*. Trad. Martine Creusot de Rezende Martins. Brasília: Editora Universidade de Brasília –UnB, 1985.

_____. *Sociologia do Direito 1*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. Trad. José Navarro. Apres. José Bragança de Miranda. Lisboa: Gradiva, 1989.

MALBERG, R. Carré de. *Teoría general del Estado*. Trad. José Lion Depetre. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

MADEIRA, Daniela Pereira. *A força da jurisprudência*. In FUX, Luiz (coord.). *O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Interesses Difusos - Conceito e legitimação para agir*. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

_____, *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 11.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____, *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema Brasileiro de Precedentes – Natureza, Eficácia, Operacionalidade*. São Paulo: RT-Thomson Reuters, 2016.

_____. *Acesso à Justiça – Condicionantes Legítimas e Ilegítimas*. 2.ed. São Paulo: RT-Thomson Reuters, 2015.

MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo. *Judicialização da Saúde – regime jurídico do SUS e Intervenção na Administração Pública*. Rio de Janeiro: Atheneu, 2017.

MARCATO, Antônio Carlos. *Código de processo civil interpretado*. 3.ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2008.

_____. *Crise da justiça e influência dos precedentes judiciais no direito processual civil brasileiro*. 2008. São Paulo: Universidade de São Paulo – USP, 2008.

MARCUSE, Herbert. *Éros et Civilisation*. Trad. Jean-Guy Nény e Boris Fraenkel. Paris: Les Éditions de Minuit, 1963.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, Thomson Reuters, 2015.

MARTENS, Paul. *Les juges: décideurs politiques? Essais sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction. Preface*. Bruxelles: Éditions Bruylant, 2016.

MAUGÜÉ, Christine; STAHL, Jacques-Henri. *La question prioritaire de constitutionnalité*. 2.ed. Paris: Dalloz, 2013.

MAUS, Ingeborg. *O Direito e a Política – Teoria da Democracia*. Trad. Elisete Antoniuk. Apres. Manfredo Araújo de Oliveira. Belo Horizonte: DelRey Editora, 2009.

_____. *Procedimentos Especiais*. 15.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MAYNES, Eduardo Garcia. *Logica del juicio jurídico*. México, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1955.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de ver BANDEIRA DE MELLO.

MELLO, Oswando Aranha Bandeira de ver BANDEIRA DE MELLO.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando. *Direito Constitucional nas origens do Estado brasileiro: alguns pontos da obra do Conselheiro Brotero*. Revista Brasileira de Direito Constitucional (Impresso), v. 1, p. 365-374, 2012.

_____. *Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil*. Tese de Concurso (USP). São Paulo, 2013. Publicada pela Editora Quartier Latin, 2015.

_____. Súmula do Supremo Tribunal Federal: natureza e interpretação. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 57, p. 223-234, 2006.

_____. *Memória Jurisprudencial: Ministro Victor Nunes*. 1. ed. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006. v. 1. 539p .

_____. Súmula vinculante: estudo com base no pensamento de Victor Nunes Leal. In: Instituto Victor Nunes Leal. (Org.). *A contemporaneidade do pensamento de Victor Nunes Leal*. 1ed.São Paulo: Saraiva, 2013, v. , p. 150-166.

_____. O veto como condicionante da interpretação das leis. In: Floriano de Azevedo MARQUES NETO; Fernando MENEZES DE ALMEIDA; Irene P. NOHARA; Thiago MARRARA. (Org.). *Direito e administração pública - estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. 1ed.São Paulo: Atlas, 2013, v. 1, p. 3-18.

_____. Súmula Vinculante. In: Elival da Silva Ramos; Carlos Blanco de Moraes. (Org.). *Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil*. 1ed. Coimbra: Almedina, 2012, v. , p. 209-221.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando ; ZAGO, Mariana. A. S. . Controle de políticas públicas pelo poder judiciário: breves ideias a partir do modo de estruturação da jurisdição. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. (Org.). *Direito da regulação e políticas públicas*. 1ed.São Paulo: Malheiros, 2014, v. , p. 91-103.

MENEZES MARCATO, Ana Cândida. *O princípio do duplo grau de jurisdição e a reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

MERKEL, Adolfo. *Teoría General del Derecho Administrativo*. Granada: Editorial Comares, S.L. 2004.

MINGATI, Vinicius Secafen. *Reclamação (Neo)Constitucional: precedentes, segurança jurídica e os juizados especiais*. Brasília: Editora Gazeta Jurídica, 2013.

MONREAL, Eduardo Novoa. *O direito como obstáculo à transformação social*. Trad. Gerson Pereira dos Santos. Porto Alegre: SAFE, 1988.

MOSCA, Gaetano. *História das doutrinas políticas desde a antiguidade*. 2.ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1962.

NEUMANN, Franz. *O Império do Direito*. Trad. Rúrion Soares Melo. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2013.

NOVAIS, Jorge Reis. *Em Defesa do Tribunal Constitucional – Resposta aos Críticos*. Coimbra: Almedina, 2016.

NUNES, José de Castro. *Teoria e Prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: edição Revista Forense, 1943.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. Trad. Waldéa Barcellos. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. *Formação do Conceito de Soberania*. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Metodologia Científica*. 7.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

MATHIEU, Bertrand. *Les rôles du juge et du législateur dans la détermination de l'intérêt general*. In *La création du droit par le juge*, tome 50, Archives de philosophie du droit. Paris: Dalloz, 2007, pp. 41/48.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 4.ed. São Paulo: Livraria Editora Freitas Bastos, 1947.

MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica Romano-canónica*. 2.ed. 13.reimp. Trad. Eduardo L. Suárez. México: Fondo de Cultura Económica, 2011.

MEZAN, Renato. *Interfaces da psicanálise*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas – Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3.ed. São Paulo: Thomson Reuters e Revista dos Tribunais, 2017.

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 2.ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Editora. Max Limonad, 2000.

_____. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Trad. Peter Naumann. Rio de Janeiro: Síntese Editora, 1.ed., 1999.

_____. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturante do direito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Teoria Estruturante do Direito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Quem é o Povo? A questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. *Discours de la méthode juridique*. Trad. Olivier Jouanjan. Paris: PUF (Collection Léviathan), 1996.

MÜLLER, Friedrich; MANCEBO, Luís-Quintín Villacorta. *Postpositivismo*. Santander: Ediciones TGD, 2008.

NEVES, A. Castanheira. *O Instituto dos "Assentos" e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014 (reimpressão).

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações Constitucionais*. 2.ed. São Paulo: Editora Método, 2013.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Sobre o Conceito de Jurisdição*. *RePro* 16, out. 79.

OWENS, Ryan J. *The Separation of Powers and Supreme Court Agenda Setting*. *American Journal of Political Science*, Vol. 54, n. 2 (april 2010), Midwest Political Science Association, pp. 412-427.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional – um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PIMENTEL, Carlos-Miguel. *De l'État de droit à l'État de jurisprudence ? Le juge de l'habilitation et la séparation des pouvoirs*. In *La séparation des pouvoirs – Théorie contestée et pratique renouvelée*. Dir. Alain Pariente. Paris: Dalloz, 2007.

PIOVESAN, Flávia (coord). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

POPPER, Karl. *O racionalismo crítico na política*. 2.ed.Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora UnB, 1994.

PRADO JUNIOR, Caio. *Dialética do Conhecimento*. Tomo II – História da Dialética – Lógica Dialética. 5.ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1969.

PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus. *Os níveis de governo e de algumas funções públicas: atribuições jurídico-constitucionais*. São Paulo: Emplasa, 1993. 80p.

PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus; LOMAR, Paulo José Villela. *O Estado Federado Brasileiro, as relações entre os poderes, o direito de participação popular e as regiões metropolitanas*. *Revista da Faculdade de Direito*. Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 91, n.JAN-DEZ, p. 181-199, 1996.

QUEIROZ, Cristina. *Direito Constitucional: as instituições do Estado Democrático e Constitucional*. São Paulo: Editora Revista do Tribunais e Coimbra Editora, 2009.

_____. *Os actos políticos no estado de direito: o problema do controle jurídico do poder*. Coimbra: Livraria Almedina, 1990.

QUERMONNE, Jean-Louis. *Les régimes politiques occidentaux*. 5.ed. Paris: Éditions du Seuil, 2006.

RAMALHO, Maria Isabel. *Legitimidade para agir*. 2007. Tese (Doutorado), Pontifícia Universidade Católica - PUC-SP, São Paulo, 2007.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 1.ed. 3.tir. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

_____. *A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

_____. *Controle de Constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

RAZ, Joseph. *Il concetto di sistema giuridico – Un introduzione alla teoria del sistema giuridico*. Trad. Paolo Comanducci. Bologna: Società editrice il Mulino, 1977.

REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 5.ed. rev. 5.tir. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

_____. *Filosofia do direito*. 19.ed. 2.tir. São Paulo: Ed. Saraiva, 2000.

_____. *Fontes e Modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico*. 1.ed. 2.tir. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999.

_____. *Teoria e Prática do Direito*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1984.

_____. *Experiência e Cultura: para a fundação de uma teoria geral da experiência*. São Paulo: Ed. Grijalbo, 1977.

_____. *O direito como experiência* (Introdução à epistemologia jurídica). 2.ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1992.

_____. *Teoria Tridimensional do Direito*. 4.ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1986.

_____. *Pluralismo e Liberdade*. 2.ed., Rio de Janeiro: Editora Expressão e Cultura, 1998.

RIVERO, Jean et WALINE, Marcel. *Droit Administratif*. Dalloz, Paris, 1994.

ROCHA, José de Moura. *Processo de Conhecimento*. Vol. I. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1989.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1965.

_____. *A Corte de Warren (1953/1969) Revolução Constitucional*. Rio de Janeiro, Ed. Civilização Brasileira, 1991.

ROLAND, Henri e BOYER, Laurent. *Adages du Droit Français Contemporain*. 4.ed. Paris: LITEC, 1999.

ROMANO, Santi. *O Ordenamento Jurídico*. Trad. Arno Dal Ri Junior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

ROUBIER, Paul. *Droits subjectifs et situation juridiques*. Paris: Dalloz, 1963.

_____. *Théorie générale du droit*. Paris: Dalloz, 2005 (reimpressão da edição Sirey de 1951).

ROUSSEAU, Dominique. *La Question Prioritaire de Constitutionnalité*. Paris: Gazette du Palais e Lextenso éditions, 2010.

SAFATLE, Vladimir. *Três estudos sobre Hegel de Theodor W. Adorno*. (prefácio). São Paulo: Editora Unesp, 2013.

SALDANHA, Nelson. *O Estado moderno e o Constitucionalismo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

_____. *Ordem e Hermenêutica*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Sociologia do Direito*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

SALGADO, Graça (coord.). *Fiscais e Meirinhos – A Administração no Brasil Colonial*. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1985.

SAMPAIO, Marco Aurélio. *A medida provisória no presidencialismo brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SANDEL, Michael J. *O Liberalismo e os limites da justiça*. Trad. Carlos E. Pacheco do Amaral. 2.ed. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Discurso e o Poder – Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: SAFE, 1988.

SARTORI, Giovanni. *La Política – Lógica y Método en las ciencias sociales*. Trad. Marcos Lara. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2013.

SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de Lingüística Geral*. Trad. Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. São Paulo: Editora Cultrix, 2000.

SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Metodologia Jurídica*. Trad. J. J. Santa-Pinter. Buenos Aires: Depalma, 1979.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

SCHMITT, Carl. *El concepto de lo político*. Trad. Rafael Agapito. Madrid: Alianza Editorial, 2009.

_____. *O conceito do político: teoria do partisan*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____. *Teoría de la Constitución*. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1982.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. *Autoritarismo e golpes na América Latina – Breve ensaio sobre a jurisdição de exceção*. São Paulo: Alameda Casa Editorial, 2016.

SÉRVULO DA CUNHA, Sergio. *Fundamentos de Direito Constitucional: Constituição, tipologia constitucional, fisiologia constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

_____. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 2.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do Trabalho Científico*. 24.ed. São Paulo: Cortez Editora, 2016.

SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. *On Law, Politics and Judicialization*. New York: Oxford University Press, 2011.

SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. *Qu'est-ce que le tiers-état?* Paris: Flammarion, 1988.

SILVA, José Afonso. *Processo de Constitucionalidade da Formação das Leis*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Teoria do Conhecimento Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. *O constitucionalismo brasileiro – evolução institucional*. 1.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos – Principais decisões*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SOUZA, Antonio Candido de Mello e. Ver CÂNDIDO, Antônio.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito Brasileiro: Eficácia, Poder e Função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998

_____. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4.ed. 2.tir. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

_____. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2017.

STRECK, Lenio Luiz; LEITE, George Salomão; NERY JR., Nelson. *Crise dos Poderes da República – Judiciário, Legislativo e Executivo*. São Paulo: Thomson Reuters - Revista dos Tribunais, 2017.

SUPIOT, Alain. *Homo juridicus – Essai sur la fonction anthropologique du Droit*. Paris: Éditions du Seuil, 2005.

TARUFFO, Michele. *Le funzioni delle corti supreme tra uniformità e giustizia*. Palestra Proferida na AASP em 26.08.2014. Transcrita pelos organizadores do evento.

_____. *Uma simples verdade – o Juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016.

TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

_____. *Nova Lei da Súmula Vinculante – estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*. 3.ed. São Paulo: Editora Método, 2009.

_____. *Paradigmas do Judicialismo Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

_____. *Justiça Constitucional – originalidades históricas e tipicidade latino-americana*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC – n 29, maio/agosto 2014. São Paulo: IBEC e Editora Fórum, 2014.

TIROLE, Jean. *Économie du Bien Commun*. 1.ed. 9.tir. Paris: Presses Universitaires de France - PUF, 2016.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *Igualdade social e liberdade política: uma introdução à obra de Alexis de Tocqueville*. Trad. Cícero Araújo. São Paulo: Editora Nerman, 1988.

_____. *L'ancien régime et la Révolution*. Collection Folio Histoire. Paris: Gallimard, 1967

TOMELIN, Georghio Alessandro. *A fidelidade partidária entre o 'candidatismo' e a ingerência positiva*. in *Juiz Constitucional – Estado e poder no século XXI – Homenagem ao Ministro Enrique Ricardo Lewandowski*. Coord. Lembo, Claudio; Caggiano, Monica Herman; Almeida Neto, Manoel Carlos. São Paulo: Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *A quadratura dos direitos fundamentais nos diferentes círculos judiciais de eficácia: Brasil-Alemanha*. Org. Maria Garcia e Flavia Piovesan. Doutrinas Essenciais – 100 anos. Direitos Humanos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: instrumento para uma Remodelada 'interpretação autêntica' dos Direitos Fundamentais*. "Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva". Coord. Roberto Grau e Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

TORRES, Heleno Taveira. *Súmula Vinculante, Jurisprudência Dominante, Matéria Constitucional e os Limites à Atuação dos Tribunais Administrativos*. Revista de Direito Tributário (São Paulo), v. 119, p. 208-214, 2013.

_____. *Hermenêutica jurídica e legitimação no positivismo metódico-axiológico*. Revista Brasileira de Filosofia, v. 237, p. 317-355, 2011.

_____. (Org.). *Direito e poder nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos: estudos em homenagem a Nelson Saldanha*. Barueri: Manole, 2005. 726p .

_____. *Modulação de efeitos e ativismo judicial em matéria tributária*. In: NETO, Halley Henares; LINS, Robson Maia; FROTA, Rodrigo Antonio da Rocha. (Org.). *Contencioso tributário administrativo e judicial: Estudos em homenagem a José Augusto Delgado*. 1ed. São Paulo: Noeses, 2013, v. , p. 95-109.

_____. O princípio de segurança jurídica na construção do estado democrático de direito. In: LUCCA, Newton de; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; NEVES, Mariana Barboza Baeta. (Org.). *Direito constitucional contemporâneo: homenagem ao Professor Michel Temer*. 1ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012, v. , p. 413-428.

_____. Tipicidade e hermenêutica dos conceitos e formas na construção das normas jurídicas: o fim da analogia no direito. In: Martonio Mont'Alverne Barreto Lima; Paulo Antonio de Menezes Albuquerque. (Org.). *Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, v. , p. 361-374.

_____. Contradição de normas: fontes do direito positivo e validade das normas ? premissas a considerar no estudo das antinomias. In: Vicente de Paulo Barretto. (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo - RS: Unisinos, 2006, v. , p. 148-154.

_____. *Segurança Jurídica do Sistema Constitucional Tributário*. Tese, São Paulo, 2009.

_____. *Segurança Jurídica do Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.

TROPER, Michel. *Pour une théorie juridique de l'état*. Paris: PUF, 1994.

_____. *Le droit de la necessite*. Paris: PUF, 2011.

TROPER, Michel; CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique ; GRZEGORCZYK, Christophe (sous la direction). *Théorie des contraintes juridiques*. Nanterre: Bruylant LGDJ, 2005.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Jurisdição e Poder*. São Paulo: Editora Saraiva, 1987.

_____. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

VAIHINGER, Hans. *A filosofia do como se*. Trad. Johannes Kretschmer. Chapecó: Argos Editora da Unochapecó, 2011.

VALOIS, Martine. *L'indépendance judiciaire – La justice entre droit et gouvernement*. Montréal, Genève, Zurich, Bâle: Les Édition Thémis – Schulthess, 2011.

VIANELLO, Lorenzo Córdoba. *Derecho y Poder*. Kelsen y Schmitt frente a frente. México: Fondo de Cultura Económica, 2013.

VILLACORTA MANCEBO, Luis. *El pleno sometimiento a la Constitución y al resto de ordenamiento jurídico en la aplicación judicial del derecho*. Madrid: Editorial Dykinson, 2004.

VIGORITI, Vincenzo. *Le responsabilità del giudice: norme, interpretazioni, riforme nell'esperienza italiana e comparativa*. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1984.

WATZLAWICK, Paul. *Les cheveux du Baron de Munchhausen – Psychothérapie et “réalité”*. Trad. Anne-Lise Hacker e Martin Baltzer. Paris: Éditions du Seuil, 1991.

WHITEHEAD, Laurence. *Democratización: teoria y experiencia*. Trad. Liliana Andrade Llanas y José Manuel Salazar Palacios. México: Fondo de Cultura Económica, 2011.

WILLIAMS, Sir David Glyndwr Tudor. *Courts and Globalization*. Indiana Journal of Global Legal Studies, vol. 11, issue 1, winter 2004, pp. 57-69 (article), Indiana University Press, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil, Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 10.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

ZANDER, Michael. *The law-making Process*. 7.ed. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2015.

ZANETTI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes – Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes*. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. 4.ed. São Paulo: Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, 2017.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria do Método Jurídico*. Trad. António Franco, António Francisco de Souza. 11.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora UnB, 2014. Vol. I.

_____. *La domination*. Trad. Isabelle Kalinowski. Paris: La Découverte, 2013.

Versão para depósito definitivo

20.12.2017