

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

CÁSSIO ARIEL MORO

A FUNÇÃO CRIADORA DO JUIZ:  
DO IMPLEMENTO DOS PODERES JUDICIAIS AO ESTABELECIMENTO  
DE UMA MARGEM DE SEGURANÇA PARA AS DECISÕES INOVATÓRIAS

VITÓRIA

2011

CÁSSIO ARIEL MORO

A FUNÇÃO CRIADORA DO JUIZ:  
DO IMPLEMENTO DOS PODERES JUDICIAIS AO ESTABELECIMENTO  
DE UMA MARGEM DE SEGURANÇA PARA AS DECISÕES INOVATÓRIAS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual Civil.

Orientador: Prof. Dra. Margareth Vetis Zaganelli.

VITÓRIA

2011

CÁSSIO ARIEL MORO

A FUNÇÃO CRIADORA DO JUIZ:  
DO IMPLEMENTO DOS PODERES JUDICIAIS AO ESTABELECIMENTO  
DE UMA MARGEM DE SEGURANÇA PARA AS DECISÕES INOVATÓRIAS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual Civil.

COMISSÃO EXAMINADORA

---

Prof. Dra. Margareth Vetis Zaganelli  
Universidade Federal do Espírito Santo  
Orientadora

---

Prof. Dr. Manoel Alves Rabelo  
Universidade Federal do Espírito Santo

---

Prof. Dr. Aloísio Krohling  
Faculdade de Direito de Vitória

---

Prof. Dr. Ricardo Maurício Freire Soares  
Universidade Federal da Bahia

## FICHA CATALOGRÁFICA

Moro, Cássio Ariel

A função criadora do juiz: do implemento dos poderes judiciais ao estabelecimento de uma margem de segurança para as decisões inovatórias / C. Moro – ed. rev. – Vitória, 2011.

122p.

Dissertação (Mestrado) – Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo – Programa de Pós-Graduação de Direito Processual

1. Princípio republicano. 2. Ativismo judicial. 3. *judge-made law*. 4. decisões inovatórias. 5. limites da atividade jurisdicional. Universidade Federal do Espírito Santo – Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual.

*em memória de meu Irmão Miguel Ângelo,  
Meu exemplo de vida, minha inspiração ao Direito*

*Agradeço à minha orientadora, que me incentivou a cursar e persistir no Mestrado da UFES, e aos meus colegas do curso, em especial José Arildo e Márcia Vitor, que sempre me auxiliaram com material e muito conhecimento.*

*Vivemos no direito e segundo o direito. Ele faz de nós o que somos: cidadãos, empregados, médicos, cônjuges e proprietários. É espada, escudo e ameaça, lutamos por nosso salário, recusamo-nos a pagar o aluguel, somos obrigados a pagar nossas multas ou mandados para a cadeia, tudo em nome do que foi estabelecido por nosso soberano abstrato e etéreo, o direito.*

(Ronald Dworkin)

## RESUMO

O Estado Constitucional de Direito assumiu diversas responsabilidades que escapam da mera busca pela pacificação de conflitos e defesa da propriedade e circulação de riquezas, questões fundamentais do tradicional Estado Liberal. Passou o Estado a se preocupar com áreas de cunho social, do direito de uma coletividade, do meio ambiente, do consumidor, da criança, do trabalhador, da mulher etc.. Paralelamente a essa maior preocupação estatal, a sociedade cresceu, massificou-se, desenvolveu-se, de modo que a cada dia novas e inesperadas situações surgem e necessitam de amparo estatal, sem, contudo, obter a imediata resposta do ordenamento jurídico. Enfim, não conseguindo o Poder Legislativo dar suporte suficiente e imediato a tais questões, o Judiciário supletivamente é chamado a dar uma solução rápida e eficaz, suplantando a atividade legiferante, criando normas e fazendo as vezes daquela unidade do Poder. No entanto, o uso exagerado da atividade criativa, invadindo o campo de atuação de outro poder, pode criar um desequilíbrio na balança do princípio republicano. Para que isto não ocorra, incumbe à magistratura atentar para determinados motes de segurança em suas decisões inovatórias, garantindo sua autoridade sem demasia, equacionando a segurança jurídica com a efetividade da prestação jurisdicional criativa.

**Palavras-chave:** Princípio republicano; ativismo judicial; *judge-made law*; decisões inovatórias; limites da atividade jurisdicional.

## ABSTRACT

The Constitutional State of Law has assumed several responsibilities that are beyond the mere pursuit of pacification of conflicts, defense of property and circulation of wealth, fundamental questions of the traditional Liberal State. The State began to worry about such as social and collectivity interests, environmental, consumer's, children's, worker's and women rights. Parallel to this major State concern, the society grew, it has increased and developed and therefore each day new and unexpected situations appear which need the State support, without, however, get an immediate response from the legal system. Thus, the Legislature failing to give the necessary and immediate support to such questions, the Judiciary Power suppletive is called to give an efficient and prompt solution, supplanting the legislating activity, creating standards and acting as that unit of Power. Nevertheless, abusive use of creative activity, which invades the playing field of another Power, may result in an imbalance in the republican principles. In order to avoid this occurrence, the Judiciary Power must be aware to certain themes of security in their creative decisions, ensuring its authority without exaggeration, equating security with the effectiveness of legal creative adjudication.

**Keywords:** Republican principle, judicial activism, judge-made law; creative decisions; limits of judicial activity.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
ADIn (ADI)	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AMB	Associação dos Magistrados Brasileiros
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
EC	Emenda Constitucional
FGTS	Fundo de Garantia por Tempo de Serviço
FGV	Fundação Getúlio Vargas
LICC	Lei de Introdução ao Código Civil
MS	Mandado de Segurança
STF	Supremo Tribunal Federal
TSE	Tribunal Superior Eleitoral

## SUMÁRIO

Introdução.....	10
1. A magistratura brasileira .....	16
1.1. A cultura jurídica brasileira.....	16
1.1.1. O patrimonialismo .....	21
1.1.2. O legalismo.....	23
1.1.3. O jeito na cultura jurídica brasileira .....	24
1.2.A imagem da magistratura brasileira atual .....	29
1.3.Uma pequena aproximação da magistratura atual à <i>polis</i> grega .....	34
1.4.O Estado liberal .....	35
1.4.1. O liberalismo de Locke, Montesquieu e Kant e a repartição do poder .....	39
1.4.2. O fim do liberalismo clássico .....	45
2. Judicialização e ativismo judicial .....	50
2.1. Crise no poder legislativo e na legislação .....	54
2.2. Judicialização da vida.....	60
2.3. Ativismo judicial .....	64
2.3.1. Cláusula aberta do controle judicial .....	68
2.3.1.1.Cláusula aberta e dissídios coletivos .....	71
2.3.2. Princípio da adequação procedimental .....	74
2.3.3. Princípio da cooperação judicial.....	76
2.4. A Supremocracia .....	79
2.5. A origem política da constitucionalização.....	86
2.6. A autocontenção judicial .....	90
2.7. Argumentos contrários ao ativismo judicial.....	92
2.8. Um algoritmo de segurança.....	97
3. O posicionamento do STF (casos julgados) .....	102
3.1.ADC n. 12 – Vedação ao nepotismo .....	102
3.2.ADPF n. 144/DF – Inelegibilidade de candidatos com condenações pretéritas.....	105
3.3.ADI n. 3.510/DF – Pesquisas com células-tronco embrionárias .....	109
3.4.MS n. 27.483/DF – Sigilo judicial e Comissões Parlamentares de Inquérito .....	115
Conclusões.....	117
Referências .....	119

## INTRODUÇÃO

A ideia a ser exposta no presente trabalho se mostra pertinente como uma das facetas designadoras do novo processo, devidamente reconhecido pela Constituição Federal de 1988.

Com efeito, a constituição de um estado democrático pluralista, participativo e policrático, rompe com o tradicional direito processual, substanciado no Direito codificado e infraconstitucional.

Tanto assim, em razão da mudança ideológica que se consubstancia com o implemento de um Estado que, além de buscar o equilíbrio entre a tradição liberal e a conjunção de políticas públicas para a confecção do bem-estar social, busca a participação popular como forma de legitimar os atos de poder, aumentando não só o controle sobre a divisão clássica de funções, que passa a não ser mais tão evidente<sup>1</sup>, como faz da atuação do Estado algo absolutamente efetivo em todas as suas vertentes. Com a esfumaçada divisão clássica de poderes (executivo, legislativo e judiciário), pode-se ter melhor definido o fato de que o poder é uno<sup>2</sup>.

Quanto aos poderes legislativo e executivo, seguindo a linha prevista no artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, de que *“Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”*<sup>3</sup>, considerando a forma de eleições constitucionalmente definidas, por meio de participação popular direta, poucos são os óbices para justificar a legitimação da representação dada aos seus membros.

Por outro lado, a magistratura possui organização em que se privilegia a qualificação técnica (absolutamente necessária) sobre a aceitação popular e, por certo modo, segundo o paradigma tradicional, a mantém afastada, distanciada da política. Verifica-se tal assertiva pela escolha de seus membros de carreira por meio de concurso público prévio, que avalia o conhecimento técnico-científico do candidato (CRFB, artigo 93, I) de forma absolutamente impessoal, ou

---

<sup>1</sup> ZANETI JUNIOR, Hermes. *Processo constitucional – o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 119. *“não faz nenhum sentido, não há mais lugar para uma separação rígida e estanque dos poderes. Essa “novidade” é a consequência direta da evolução do Estado de Direito para o Estado Democrático Constitucional. O povo fez-se o único poder e o Estado contraiu obrigações sociais, submetendo todas as suas funções ou poderes ao império e soberania da Constituição”*.

<sup>2</sup> TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 14ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 118. *“Equivocam-se os que utilização a expressão ‘tripartição de poderes’. É que o poder é uma unidade”*.

<sup>3</sup> No momento não nos preocupa o sentido e a profundidade de tal dispositivo constitucional, servindo-o apenas para ilustrar a legitimação da representação popular, sendo certo que a expressão *“todo poder emana do povo”*, considerando-a em si própria, não como um comando previsto na Constituição, é uma assertiva um tanto quanto questionada.

mesmo o ingresso às cortes superiores que, muito embora dispensem o concurso e decorram de decisão política, possuem como requisito o *notável saber jurídico*<sup>4</sup>.

Desse modo, a composição dos tribunais e escolha dos magistrados não são atos, por si sós, legitimadores da atuação do poder judiciário, negando-se, em princípio, a emanação de poder (judicante) pelo povo, como quer a Constituição Federal.

E não se pode negar a paridade de importância da função judicante com as demais esferas de poder, razão pela qual sua emanação também depende da participação popular. Atente-se que, embora qualquer do povo possa dizer o direito (até porque o direito é o norte de conduta do indivíduo), apenas o Judiciário pode dar a palavra final, em caráter de *definitividade* na aplicação do direito<sup>5</sup>, garantindo a supremacia Estatal.

É, portanto, na atividade típica do Poder Judiciário que se encontra seu substrato legitimador. A decisão judicial, como expressão de poder, nos termos do artigo 1º, parágrafo único da Constituição da República Federativa do Brasil, deve emanar do povo. É neste momento que o Poder Judiciário legitima sua atuação, desde que permitindo a participação ativa do jurisdicionado.<sup>6</sup>

Enfim, para que haja a efetiva participação do povo, como forma legitimadora da atividade jurisdicional, faz-se necessário o respeito ao *devido processo legal*. Tal respeito não significa, no atual estágio de constituição estatal, apenas o cumprimento de etapas procedimentais, com as devidas concessões de oportunidades às partes para falar no processo, mas a efetiva atuação do magistrado que, amparado na mencionada participação das partes (de forma

---

<sup>4</sup> Como se observa nos requisitos apresentados pela Constituição Federal, para nomeação de Ministros do STF (artigo 101), Ministros do STJ (artigo 104, parágrafo único) e Ministros do TSE, oriundos da advocacia (artigo 119, II).

<sup>5</sup> Como diz Temer, “*Qualquer do povo, qualquer órgão público, qualquer tribunal administrativo poderá ‘dizer o direito’ que deve ser aplicado à dirimência de uma controvérsia. Não estará, contudo, exercendo a jurisdição no sentido rigorosamente científico que lhe empresta a Constituição, ao atribuí-la ao Poder Judiciário. É que tais decisões poderão ser levadas, sempre, ao Judiciário, para que ali, escoados os recursos, se opere a ‘definitividade’ da decisão*”. (Elementos de direito constitucional, cit., p. 168).

<sup>6</sup> “*o problema do constitucionalismo moderno não é mais o de reivindicar uma posição formal de autonomia do cidadão nas suas relações com o Estado (...), mas sim de garantir-lhe a possibilidade de defender em concreto tais posições perante o Poder Público*”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Teoria e prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 82.

argumentativa), busca a realização dos princípios fundamentais constitucionalmente garantidos, legitimando assim, sua atividade, devidamente decorrente e emanada do povo <sup>7</sup>.

O que se pretende questionar é se o atual modelo de Direito Processual, dentro da perspectiva de um *novo paradigma de real efetividade*<sup>8</sup> admite uma posição cômoda do magistrado, de índole tipicamente privatista? Pode o magistrado simplesmente aguardar a constituição probatória e argumentativa decorrente apenas da vontade das partes e, ultrapassada tal etapa procedimental, proceder um julgamento subsidiado pelos elementos trazidos (ou não) pelas partes e pelos eventuais vícios e carências probatórias, aplicando, inclusive de imediato, a regra da distribuição do ônus da prova?<sup>9</sup>

Observa-se, dessa indagação, uma amplitude no conceito de inafastabilidade de jurisdição (CPC, art. 126). Admite-se que o magistrado simplesmente rejeite o pedido em razão de inexistência de proposição normativa decorrente de inércia do legislativo? Deve o magistrado garantir o direito subjetivo, o bem da vida, como membro do uno poder, como aplicador e criador do Direito?

O que se pretende, pois, no presente trabalho, é apresentar os elementos de mudança do processo civil, decorrentes da transformação do Estado brasileiro, justificando as novas formas de atuação do Poder Judiciário, como meios de legitimá-lo perante a soberania popular e, em um segundo momento, encontrar os limites desta atuação.

Ora, porque se por um lado amplia-se o campo de atuação da magistratura brasileira, como consequência, pode haver a diminuição, limitação ou perda de espaço da atuação de outro Poder, seja o legislativo, seja o executivo. Os limites devem ser definidos, ainda que dentro de uma margem límbica, para que não se crie um desequilíbrio no sistema republicano, de modo

---

<sup>7</sup> Nas palavras do professor Dinamarco: “Ao conjunto de garantias destinadas a conferir ao processo esse perfil de instrumento justo, a Constituição e a doutrina dão a qualificação de devido processo legal (Const., art. 5º, inc. LIV) e o exercício do poder estatal no processo só será política e eticamente legítimo quando observada essa cláusula de aceitação geral no processo civil moderno. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I, 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 80).

<sup>8</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro, cit., p. 81.

<sup>9</sup> “Não pode assim o magistrado, diante da prova colhida nos autos e ainda quando os fatos na lhe parecerem devidamente esclarecidos, adotar o cômodo entendimento de que se trata de um poder discricionário a ser ou não exercido por ele. Trata-se de poder-dever de esclarecer os fatos, se necessário determinando a produção de provas de ofício. Ultrapassada esta etapa, só então poderá aplicar o ônus da prova, que, geralmente, em relação aos fatos constitutivos caberá ao autor e aos fatos impeditivos, modificativos e extintivos, ao réu.” GOUVEIA, Lúcio Grassi de. *Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real*. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, n. 6, p. 47-59, set. 2003.

a manter a harmonia entre os Poderes e o exercício da soberania democrática de forma harmoniosa e de acordo com o interesse do cidadão brasileiro.

Nossa principal indagação é, portanto, a seguinte: *quais são os limites do poder criador do Direito que possui o magistrado?*

Para responder a esta, no entanto, imperiosa a necessidade de apreciar indagações que a precedem:

a) *Como é socialmente composta a magistratura atual?* Ou seja, a que classe ou classes pertence, qual a média etária, origem de sua formação jurídica, se há alguma predominância de sexo, posicionamentos ideológicos etc.?

Resolvida esta questão, poderemos enfrentar questões mais diretamente ligadas à questão principal, quais sejam:

b) *Qual a função do poder judiciário no atual estágio republicano?*

c) *O magistrado, como órgão garantidor da liberdade, incumbido de evitar a intromissão autoritária do Estado, é um mero expectador do processo, durante seu curso, limitando sua atuação em permitir a igualdade de tratamento às partes, impedindo abusos destas, mas permitindo as deficiências e omissões de cada uma para, ao final, julgar segundo o trabalho destas, compromissado apenas com a verdade formal, ou, em sentido oposto, se deve o magistrado assumir posição ativa no processo, buscando provas, informando às partes de suas deficiências e omissões, preocupando-se, por fim, com a verdade real e com a justiça da decisão?*

d) *Tem mesmo o poder judiciário extrapolado suas funções estatais, invadindo as esferas de atuação do legislativo e do executivo e, se sim, essa extrapolação é necessária, dentro do sistema de pesos e contrapesos, como forma provisória de compensar a carência das demais esferas de poder, ou se cria um efetivo, desnecessário e agressivo desequilíbrio na distribuição harmônica do poder?*

Como consequência das indagações anteriores, nos aparece o então principal questionamento, feita no início: *Quais são os limites?* Dentro dessa pergunta nos questionamos se os limites da atuação judicial estão contidos em algum corpo normativo ou se eles próprios devem surgir de

uma criação judicial, o que parece paradoxal, mas pode ser uma alternativa necessária e, por fim, se de fato existem os limites, decorrentes do ordenamento jurídico ou não, quais são eles?

Para tentar solver a primeira indagação, fundamental para o enfrentamento do tema dentro de um contexto político-social, abriremos um primeiro capítulo relativo à tradição da magistratura brasileira, buscando expor fatores históricos e sociais capazes de fazer compreender o atual estágio de participação democrática do Poder Judiciário e sua importância efetiva perante a sociedade.

Esta base é contundente para permitir o ingresso ao tema propriamente dito. Não se pode pensar em discorrer sobre o ativismo judicial e o poder criador do juiz sem conhecer o magistrado, sua essência, a estrutura judiciária brasileira e os fatores históricos relativos à aplicação da justiça, do formalismo e da burocracia brasileiros.

Mais que aquilo, de acordo com a natureza e o perfil do Poder Judiciário brasileiro é que podemos traçar uma ideia do quanto o juiz pode atuar sem que isso cause desvio funcional e desequilíbrio ao sistema de repartição do poder, sobejamente quando se tem um imenso poder (necessário) conferido a cada julgador monocrático de, inclusive, fazer o controle difuso da constitucionalidade das leis.

Não queremos, evidentemente, impingir restrições à autonomia indispensável ao julgador, cerceando-lhe o modo de conduzir seu trabalho. Evidente que as garantias Constitucionais conferidas à magistratura devem ser respeitadas ao máximo. Ao contrário, a busca pelos limites à atuação jurisdicional, seja em sua atividade típica, seja em assunção à função legiferante – por que não? – implica a busca pela ampla liberdade e autonomia na atuação judicante. Enquanto houver um limbo indefinido na fronteira da liberdade do magistrado, sua autonomia encontrar-se-á mitigada e seu objetivo, que é a justiça, ameaçado.

Enfim, no segundo capítulo enfrentaremos todas as demais questões, traçando exposição teórica sobre o poder criador do juiz e seus limites, questionamentos acerca destes, posicionamentos favoráveis e contrários e a tentativa de um estabelecimento de uma margem de segurança para as decisões inovatórias.

Por fim, no terceiro e último capítulo passaremos a uma análise pragmática do tema, albergando alguns dos importantes julgados recentes proferidos pelo STF. Tal atividade tem

como fim abraçar o tema, procurando demonstrar se, de fato, as margens de segurança encontradas são efetivamente respeitadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Elegeu-se, portanto, como tema central, o “ativismo judicial e seus limites”. Evidente que o tema não se esgota com o presente trabalho que, quando muito, pretende dar prosseguimento ao debate de matéria tão ampla e interessante, com doutrina em nada escassa, e com constantes provocações à análise e reflexão, por todo o público interessado, que maneja o Direito. Para este trabalho, evidente, está a visão científica do assunto e não a visão do magistrado que lhe escreve. A pretensão não é outra que não debater acerca e apreciar diversas indagações, ainda que se mostre impróprio alcançar um resultado conclusivo definitivo, especialmente neste estágio de desenvolvimento de nosso Estado Constitucional de Direito.

Quanto ao método, nos primeiro e segundo capítulos será utilizada a pesquisa exploratória bibliográfica. A forma de análise dos dados colhidos será processada pelo método dedutivo, isto é, as informações serão analisadas no seu contexto geral e, a partir daí, chegar-se-á a uma conclusão particular, visando a entender e explicar o tema de forma clara, ampla e objetiva.

Ao mesmo tempo será empreendida uma pesquisa explicativa, em que se analisará a perspectiva constitucional do tema, interpretando-o de forma ampla com todos os seus desdobramentos jurídicos, sociais e econômicos, quando se identificará a importância de sua existência para o Direito.

No último capítulo propomos a explicação e interpretação de jurisprudência recente do STF, razão pela qual se mostrará imperiosa a citação de ementas, com a consequente análise de acordo com todo o conteúdo obtido nos capítulos que o antecederam.

O método de procedimento, notadamente do primeiro capítulo, será o histórico-dialético em que se buscará o estudo da evolução do nascimento da magistratura brasileira, suas raízes e ramificações, até a integral definição de sua amplitude.

## 1. A MAGISTRATURA BRASILEIRA

### 1.1. A CULTURA JURÍDICA BRASILEIRA

Antes de afirmar os poderes do juiz brasileiro como órgão julgador e criador do Direito, imprescindível uma análise histórica da cultura jurídica nacional. A sua formação, inspirações, fontes e demais fatores histórico-sociais que criaram a identidade da justiça brasileira.

A ideia, portanto, é buscar desenvolver, historicamente, toda inspiração voltada à caracterização do magistrado brasileiro, sua inserção na sociedade e sua atuação judicante conforme o momento histórico-político.

A herança do Direito português que, por sua vez, é herdeiro do Direito romano. A *civil law*, o formalismo e a burocracia dão a marcha para a construção de todo o sistema judicial e o ordenamento jurídico brasileiros.

O Direito português teve forte influência do Direito romano do velho império. Contudo, Roma se desenvolveu, alterando sua realidade socioeconômica, o que fez o Direito também se transformar, tornando a ordem jurídica algo dinâmico. “*Muito do que Justiniano preservava do Corpus Juris Civilis tinha pouca relevância para a Roma do seu tempo*”<sup>10</sup>.

O Direito romano clássico, pois, teve e tem forte influência em sistemas de direito liberais e formalistas, como aqueles códigos surgidos nos séculos XVIII e XIX, tais como o código civil francês de 1804, o alemão de 1900 e até mesmo o código civil brasileiro de 1916, além de diversos institutos privados que ainda mantêm a mesma regulamentação, como a compra e venda, o mútuo, o comodato, depósito, penhor etc<sup>11</sup>.

Todavia, a ideia desta parte do trabalho não é fazer um estudo comparado com o Direito romano ou mesmo as similitudes e diferenças encontráveis em diversos institutos do Direito apartadamente considerados, como se apenas o ordenamento jurídico bastasse para a conclusão que pretendemos. A finalidade desta parte é encontrar a identidade judicial brasileira. E isso não advém apenas das heranças no pensamento do Direito, mas,

---

<sup>10</sup> ROSENN, Keith S. *O jeito na cultura jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 18.

<sup>11</sup> CRETILLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano*. 20ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 10.

concomitantemente a ele, ao conceito de autoridade, administração e poder público que, por sua vez, provêm do próprio conceito de cidadania e nacionalismo, cuja origem é portuguesa<sup>12</sup>.

De toda sorte, o início da formação cívica e jurídica brasileira se deu na época colonial, ainda que absolutamente incipiente. Da herança do Direito romano à influência do catolicismo, vinculados à forma de condução da administração da colônia, época sem qualquer intuito patriótico independente ou preocupação social de formação do povo<sup>13</sup>, então composto por três origens distintas, a nativa indígena, a portuguesa exploratória e dominante, e a negra escrava. Enfim,

o direito como a cultura brasileira, em seu conjunto, não foi obra da evolução gradual e milenária de uma experiência grupal, como ocorre com o direito dos povos antigos, tais o grego, o assírio, o germânico, o celta e o eslavo. A condição de colonizados fez com que tudo surgisse de forma imposta e não construída no dia-a-dia das relações sociais, no embate sadio e construtivo das posições e pensamentos divergentes, enfim, do jogo de forças entre os diversos segmentos formadores do conjunto social<sup>14</sup>.

Em um resumo bastante rápido da história jurídica brasileira tem-se que, logo que Portugal se viu livre das dinastias espanholas, deu-se início ao “*período nacional do direito português*”<sup>15</sup>, marcadas pelas leis de caráter geral e pelos forais. As leis garantiam à monarquia a centralização do poder. Contudo, as questões locais deveriam ser resolvidas pelos forais que, de certo modo, ante a premente necessidade, as regulavam segundo sua realidade, interpretando-as e até mesmo criando o Direito.

Com a divisão do território brasileiro em capitânias hereditárias, que se assemelhavam a feudos, confundiam-se na figura do donatário os poderes de administração, legislação e

---

<sup>12</sup> “(...) pode ser caracterizado como um aspecto da evolução do direito ibérico. Deste participa em duas origens primitivas, na paralela dominação romana, na posterior influência visigótica, na subsequente invasão árabe, na recepção do direito romano justiniano, apenas separando suas trajetórias históricas quando Portugal separou seu destino do das monarquias espanholas de então, seguindo, daí por diante, o seu direito, uma independente evolução nacional. MACHADO NETO, A. L., *Sociologia jurídica*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 311, *apud* WOLKMER, Antonio Carlos (organizador). *Fundamentos de história do direito*. 4. Ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

<sup>13</sup> “Uma feição que é comum a ambos os povos é a falta do que pode ser denominado “senso cívico”. Ainda mais do que o espanhol, o português é gentil e caridoso para com cinco categorias de pessoas: a família, os amigos, os amigos da família, os amigos dos amigos e, finalmente, com o mendigo na rua. Mas em relação aos demais cidadãos, ele se considera muito pouco obrigado”. CHEKE, Marcus. *The portuguese character*, em Livermore, Harold, Ed., *Portugal and Brazil*, Oxford: Clarendon, 1953, p. 45, *apud*, ROSENN, Keith S. *O jeito na cultura jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 42.

<sup>14</sup> CRISTIANI, Claudio Valentim. *O direito no Brasil colonial*. In WOLKMER, Antonio Carlos (organizador). *Fundamentos de história do direito*. 4. Ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 351.

<sup>15</sup> Ob. Cit. P. 353.

juízo. Tal modelo, contudo, não obteve o êxito esperado por Portugal, razão pela qual este resolveu por centralizar a administração da Colônia, nomeando um governador-geral, que lhe garantiria maior poder do reino em detrimento àquele dos donatários. É a partir deste ponto que o Poder Judiciário brasileiro surge ou, ao menos, de forma um tanto quanto profissional e, conseqüentemente, burocratizada<sup>16</sup>, em primeiro grau.

Em 1587 foi criado o primeiro Tribunal da Relação, na Bahia, o qual, porém, não chegou a ser implantado. A segunda instância só foi instalada no Brasil efetivamente em 1609, quando se teve um Tribunal de Relação em 1751, na cidade do Rio de Janeiro. Acima deste só restava apelo à Casa de Suplicação, em Lisboa.

Contudo, a partir de então, a estrutura judiciária brasileira foi ganhando corpo, com autoridades portuguesas que aqui se estabeleciam. O escopo era evidente, garantir o domínio português, o pagamento correto de impostos e taxas aduaneiras. Autoridades portuguesas no Brasil, proibidas de se relacionar com a sociedade local (com vedação expressa, inclusive, de se casarem com brasileiras), aplicando as leis da Metrópole.

Segundo Cristiani<sup>17</sup>, existem duas formas de manter uma relação entre governante e governados. Uma primeira seria a formação de uma burocracia profissional, para servir e, ao mesmo tempo, controlar a população, apresentando-se indelével às pressões e influências, enquanto uma segunda seria, opostamente, firmada através de relações pessoais (amizades, parentesco...), que serviriam de modelo para a tomada de decisões pelos agentes públicos.

A opção lusitana, parece evidente, foi de formar uma burocracia profissionalizada na Colônia, a fim de proteger os interesses da Metrópole e sufocar as pretensões locais, confiando estritamente na impessoalidade da administração pública (portuguesa, que não se misturaria com a sociedade brasileira). Não poderia o governante permitir a conferência de poderes às classes dominantes locais. A distância da metrópole e a imensidão territorial impediriam que os locais se vinculassem efetivamente à vontade do monarca.

No entanto, a opção portuguesa acabou por se “flexibilizar”, corrompendo-se, misturando-se simbioticamente com a segunda opção. Houve uma surpreendente aplicação contínua de duas

---

<sup>16</sup> “As leis gerais (...) eram consideradas vigentes no Brasil-Colônia e seu ajuizamento fez surgir três grandes ordenações, a saber: Ordenações Afonsinas (1466), Ordenações Manuelinas ((1521) e Ordenações Filipinas (1603)”, ob cit., p. 354.

<sup>17</sup> Ob. Cit., p. 358.

formas diversas e opostas de organização social: a burocracia impessoal e rigorosa de um lado e as relações pessoais de parentesco, patronato e apadrinhamento de outro. No caso, ambos do mesmo lado.

Não havia como ser diferente. Imagine-se, uma colônia de exploração, com uma classe dominante devidamente constituída, formada prioritariamente por fidalgos que obtiveram algum benefício e algum forte contato com a administração metropolitana, longe de longa data de suas origens, mas herdeiros do regime das capitanias e da “sublocação” da justiça (isso quando não era autotutelada<sup>18</sup>).

Ora, tal classe, com grande poder e tutano, não iria agir às escâncaras contrariamente a coroa portuguesa, pois deles cabia subserviência, desde que não implicasse prejuízos financeiros e sociais<sup>19</sup>. Tais motivos a fizeram se aproximar da classe jurídica, da magistratura portuguesa, a quem incumbia estabelecer a ordem e a soberania portuguesas na colônia.

De outro lado, têm-se preparado magistrados formados na Europa que se deslocaram milhas e milhas a uma terra hostil, que propiciava riqueza e conforto para muitos poucos, e pobreza e desgraça a muitos. Considerando que a finalidade da Justiça à época, como vimos, não era, como se tem hoje, aplicar “justiça social”, mas a garantia da soberania da coroa e a resolução de conflitos estritamente materiais, punindo criminosos<sup>20</sup>, mostra-se evidente que tais juizes, de regra, fossem tomar algum partido.

---

<sup>18</sup> A coroa portuguesa, enfim, não tinha condições de manter efetiva sua intenção de controlar rigidamente sua colônia. Nas palavras de Rosenn: “a Coroa Portuguesa se recusava a desviar para o Brasil fundos suficientes para criar a infra-estrutura necessária para a efetiva execução das leis. Enquanto o domínio espanhol sobre grande parte do Novo Mundo se fazia facilitado pela existência anterior de uma civilização indígena autocrática, severamente controlada, os portugueses não contavam com tal alicerce para construir o Brasil. Enquanto em Portugal o poder se tornava altamente centralizado nas mãos do rei, no Brasil o poder tornava-se cada vez mais descentralizado, nas mãos dos diversos senhores de engenho. Inicialmente, Portugal concedeu aos primeiros colonizadores do Brasil poderes de jurisdição mais extensos do que qualquer outro poder colonial e, subsequentemente, teve maiores dificuldades para reafirmar a autoridade real sobre os grandes senhores. (...) A justiça (a pouca que existia) era, na prática, administrada pelos grandes senhores da terra que controlavam os militares na área. A Coroa tentou acabar com os excessos, no fim do século XVII, quando promulgou legislação que nomeava magistrados residentes, a cada cinco léguas, bem como limitava os mandatos dos oficiais militares locais. Mas a lei, surpreendentemente, foi desacatada. Gilberto Freyre resumiu esse relacionamento sucintamente: ‘[Sobre a aristocracia colonial brasileira,] o Rei de Portugal quase que reina sem governar’”. ROSENN, Keith S. *O jeito na cultura jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, pp. 38-39.

<sup>19</sup> No sentido de *status quo* e não de defesa de direitos sociais.

<sup>20</sup> “Esta estrutura jurídica formal fundada nas Ordenações portuguesas visava unicamente, ‘garantir que os impostos e os direitos aduaneiros fossem pagos, e na formação de um cruel (...) código penal para se prevenir de ameaças diretas ao poder do Estado. (...) A maior parte da população não tinha voz no governo nem direitos

Era um mundo tão distante da realidade europeia que não havia como um magistrado se manter afastado do convívio social. Havia a necessidade de aproximação e socialização. Como os pares não eram muito numerosos e, como embora não fossem ricos, menos ainda eram pobres, era comum e natural que se envolvessem com a elite brasileira. Envolvidos com a elite, era comum pretenderem ter a vida da elite, com fartura exuberante. Para tanto, havia um preço a ser pago.

A relação de amizade, os casamentos com brasileiras nobres, os favores e o comodismo por essa vida no Brasil, deram à magistratura primitiva pátria a possibilidade de interpretar o ordenamento jurídico, adequando-o à realidade brasileira, assim como às necessidades da elite.

Nas palavras de Rosenn:

Nem mesmo as leis que regiam a conduta e a habilitação dos próprios magistrados eram observadas. Embora expressamente proibidos por lei de se casarem com brasileiras, os magistrados portugueses o faziam frequentemente. Eles também foram proibidos de fazer negócios no Brasil, um comando constantemente ignorado. Os juízes portugueses se envolveram frequentemente com colonos brasileiros em negócios que os tornaram ricos. Embora brasileiros fossem proibidos por lei de ocupar cargos judiciais, na prática essas ordens eram continuamente desobedecidas permitindo assim que eles desempenhassem tais funções<sup>21</sup>.

Originalmente formou-se, portanto, uma classe de magistrados que, ao contrário do previsto, misturava-se à população ou, ao menos, com parte dela, com a parte mais nobre e elitista. Manteve-se a magistratura, contudo, ainda deveras distanciada da dura realidade dos povos oprimidos, da geração da pobreza e desincentivo à educação. E com o intuito de manter *status quo* assemelhado ao de nobreza, buscou a magistratura por interpretar as leis. É o início de nosso ativismo judicial.

Note-se que acima mencionamos que o poder sempre foi imposto no Brasil, desde sua natureza colonial. Não só o poder, mas os direitos também não decorreram de lutas sociais ou mesmo pactos democráticos. Disto decorre que a sociedade nacional sempre se mostrou fragilizada e recorrente ao Estado-pai. A ausência de consciência nacionalista e patriótica

---

*peçoais. Eram escravos, objetos do comércio”*. WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do Direito*. 2. Ed., São Paulo: Alfa Omega, 1997, p. 76.

<sup>21</sup> Ob cit, p. 33.

cerceou a luta por direitos, pacificou a sociedade, esterilizando qualquer espírito rebelde. Conseqüentemente, a administração pública dominou, permitiu-se arbitrar, patrimonializar, pessoalizar as relações e interpretar as leis em sua aplicação.

Segundo Cristiani,

Decorre daí que o mito da imparcialidade e da neutralidade era totalmente destruído pela prática vigente de troca de favores e tráfico de influências. Por essas razões e por outras tantas “a justiça, dizia Gregório de Matos, era ‘vendida, injusta e tornada bastarda’”.<sup>22</sup>

Discorreremos, nos próximos e breves subtópicos, individualmente, a respeito dos fatores primordiais que influenciaram na constituição da justiça brasileira, o paternalismo ou patrimonialismo e o legalismo, deixando para seguir, um fator pouco explorado, mas de extrema importância, denominado por Rosenn como o “jeito”, na cultura jurídica brasileira.

### 1.1.1. O PATRIMONIALISMO

Como visto acima, o Brasil colonial não tinha um povo patriótico. Disso resultou na esterilização do ânimo fomentador de defesa de direitos e interesses, de organização e luta. Evidente que estamos falando de um modo geral. Casos há, e não são poucos, de extrema luta por direitos como a liberdade e igualdade, a exemplo dos movimentos de independência, separação e inconformismo com o modelo jurídico-político, os quais não cabem aqui expor<sup>23</sup>.

Pois bem, a ausência de patriotismo e nacionalismo, aliados à figura paterna do monarca português, do dogma católico do Pai, bem como a figura do patriarca da família, todos interligados, criou na população brasileira um fenômeno chamado por Rosenn de “complexo de patrão”<sup>24</sup>, que é descrito da seguinte forma:

Em troca de fidelidade e serviços, o patrão, um membro da elite local, protege os interesses dos seus empregados, arrendatários e seguidores. O patrão faz o papel de

<sup>22</sup> Ob. cit. p. 361.

<sup>23</sup> “E não foram poucas as manifestações: a Cabanagem, no Pará (1833-1836), a Balaiada, no Maranhão (1833-1841), e a Paieira, em Pernambuco (1848), são apenas alguns exemplos das revoltas que indicavam a dificuldade na formulação do pacto jurídico-político moderno. Em sua grande maioria, reprimidas violentamente para a manutenção do status quo”. SANTOS, Samuel Martins dos. *Paradoxo da primeira república do Brasil: entre a ordem jurídica e a identidade nacional*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 69.

<sup>24</sup> ROSENN, Keith S. Ob. Cit., p. 51.

protetor, intercedendo perante as autoridades quando qualquer membro do seu rebanho está em dificuldade. Esse aspecto do sistema patronal serve para personalizar relações legais para a classe baixa.<sup>25</sup>

Este fenômeno, aliado à falta de educação cívica e ética da população, gerou certa confusão no entender do cidadão entre o público e o privado, interesses gerais e interesses particulares, ainda que formal e burocraticamente a divisão fosse rígida e inquebrantável. Este fenômeno fez com que o povo esperasse tudo do governo: emprego, saúde, educação, estabilidade econômica etc., assim como, em sentido oposto, a população culpasse o governo por todas as frustrações surgidas das políticas que mantinham as desigualdades sociais.

No campo jurídico, o patrimonialismo sempre esteve presente, a exemplo da Consolidação das Leis do Trabalho, de 01 de maio de 1943, promulgada por Getúlio Vargas. Instrumento inovador à época e em diversos pontos ainda se mantém atual e efetiva, garantindo, de certo modo, o equilíbrio nas relações laborais, com a garantia de diversos direitos ao trabalhador. Todavia, não foi fruto reivindicado pela classe trabalhadora, mas atuou como forma de estancar os esparsos movimentos trabalhistas que ameaçavam a elite empresária daquela sociedade de desde o início do século XX.

É certo que este patrimonialismo estatal foi defendido por importantes filósofos, como o alemão Erik Wolff, que

exprimiu a onipotência estatal como caminho para a felicidade humana, sob a égide do Estado paternalista, ao qual incumbia efetivar aquela célebre máxima de “tudo para o povo, nada, porém, pelo povo”.<sup>26</sup>

Todavia, o modo de surgimento desta fonte normativa laboral esterilizou em grande parte o poder contestatório da classe trabalhadora. Em vez de ir às ruas, acomodou-se, aguardando a criação de leis pelo poder público, ainda que a classe possuía, formalmente, todo um complexo de garantias sindicais que, em tese (e apenas em tese), é capaz de garantir, por si só, a dignidade e igualdade de tratamento entre quem trabalha e quem especula.

---

<sup>25</sup> Idem, p. 51.

<sup>26</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 8ª edição, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 58.

### 1.1.2. O LEGALISMO

A cultura jurídica brasileira, dada a influência portuguesa, é fortemente legalista. A tradição positivista trouxe o amor à forma escrita. Rosenn apresenta uma sátira ao legalismo brasileiro, feita por Roberto de Oliveira Campos, ex-Ministro do Planejamento de Castelo Branco, que sugeriu o decreto abaixo para reduzir o alto índice de juros e conseqüente crescimento inflacionário:

Decreto-Lei nº 001 – Regula a lei de oferta e demanda e proíbe a escassez de dinheiro ou mercadoria.

Art. 1º - A lei da oferta é mantida.

Art. 2º - A lei da demanda é revogada.

Art. 3º - A escassez natural ou artificial de dinheiro ou qualquer outra mercadoria fica permanentemente proibida.

Art. 4º - O lucro justo deveria ser de 10% ao ano, porque nós todos nascemos com dez dedos em nossas mãos.<sup>27</sup>

Disto decorrem certas conseqüências:

- a) O formalismo e a burocracia, a exigência do carimbo “em branco”, “fotocópia autenticada” e da “assinatura com firma reconhecida”, levando a ter como presunção *juris tantum* de que todo cidadão é estelionatário ou farsante até prova em contrário emitida por autoridade competente, o cartório de títulos e documentos;
- b) A crença de que tudo pode ser resolvido pelo Direito positivo, que a formulação de uma lei pode resolver qualquer problema. A premissa é tão falsa que, se do contrário, bastaria uma única lei, com um único artigo, dizendo “fica proibida a desigualdade na distribuição de renda” para que toda a sociedade passasse a ter o mesmo poder aquisitivo e fosse eliminada a divisão social em classes;
- c) Se a lei é capaz de resolver problemas, também pode garantir interesses. Cite-se como exemplo, quando Getúlio Vargas decidiu confiscar o espólio do falecido Paul de Leuze, proprietário de influente jornal e milionário, que tinha como único herdeiro seu sobrinho. Para

---

<sup>27</sup> Ibidem, p. 55.

tanto, o Presidente promulgou uma lei de efeitos *ex tunc* retirando o direito à herança de qualquer sobrinho que a pleiteasse. Restou o confisco do espólio<sup>28</sup>.

d) Se tudo é previsto em lei e a lei é capaz de resolver todos os problemas do mundo, mostra-se prescindível e, até mesmo, expungível, o poder criador do magistrado. Basta-lhe aplicar estritamente a lei. Ou mais que isso, aplicar estritamente a lei quando age impessoal e imparcialmente, mas interpretar a lei quando, na defesa de seus interesses, nos termos da consequência pretérita (de letra “c”);

e) Situações conflituosas que poderiam ser decididas pelo judiciário, independentemente de leis, dado o poder criador do magistrado, que o adota sob critérios como a razão, casuisticamente são postas em detalhes no ordenamento jurídico, inclusive na Constituição<sup>29</sup>, sobrecarregando a atividade legislativa e engessando e limitando a atividade judicante.

### 1.1.3. O JEITO NA CULTURA JURÍDICA BRASILEIRA

Todo brasileiro conhece a expressão “jeito” ou “jeitinho brasileiro”. A questão é que poucos brasileiros resolveram pesquisar sua real função, observá-la cientificamente como um instituto. Essa árdua tarefa que, não podendo ser diferente, traz consigo profunda crítica aos costumes pátrios, foi feita por um cientista estrangeiro, admirado com nossa cultura e nossos costumes.

Esse jeito provém daquilo que anotamos acima, da cultura apolítica e não patriótica, dos desvios de interpretação das ordens da metrópole, do complexo de patrão e excessivo legalismo e formalismo, do querer preservar os seus, e todo este emaranhado cultural que por séculos norteou a identidade brasileira.

---

<sup>28</sup> Ibidem p. 58.

<sup>29</sup> Constituições analíticas são definidas por Barroso como aquelas “ *quando desenvolvem em maior extensão o conteúdo dos princípios que adotam, resultando em um aumento do seu texto e em uma redução do espaço de conformação dos Poderes constituídos. Exemplos desse formato são as Constituições da Espanha, de Portugal, da Índia. Também é o caso da Constituição brasileira, que, sem embargo de suas múltiplas virtudes reais e simbólicas, é – mais do que analítica – casuística no tratamento de diversos temas, regulando-os em pormenor*”. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 82.

Keith Rosenn define a instituição paralegal do “jeito” como uma “*prática de desvio das normas legais para alcançar o fim desejado*”<sup>30</sup>. Assim o faz tomando o Brasil como um país

onde as leis são reinterpretadas, onde regulamentos e instruções centrais do Governo já são decretados com um cálculo prévio de percentagem em que serão cumpridas, onde o povo é um grande filtro das leis e os funcionários, pequenos ou poderosos, criam sua própria “jurisprudência”. Ainda que esta jurisprudência não coincida com as leis originais, conta com a aprovação geral, se é ditada pelo bom senso.<sup>31</sup>

Essa reinterpretação de leis, esse “jeito” dado às situações concretas nos leva a pensar que se trata de aplicação do realismo jurídico, que coloca o fato social como ponto nevrálgico, como premissa e, a partir deste fato social, escolhe-se como agir. A partir da decisão tomada, vem a se pensar em como fundamentá-la.

Sob este aspecto, o realismo rechaça a possibilidade de ver o Direito apenas como um ordenamento jurídico “*composto de coordenadas e em relação de hierarquia umas com as outras; ou seja, não admitem uma especulação puramente dogmática acerca das normas jurídicas*”<sup>32</sup>.

É de se notar que os realistas são, sobretudo, empiristas, podendo-se concluir que não há coerência, segundo o realismo, no estudo do Direito assim considerado derivado da dicotomia entre fenômeno jurídico e fenômeno social, pois aquele decorre da produção da mente humana, derivado a partir de processos dedutivos, de axiomas ou princípios evidentes.

Ao realismo, o Direito surge do fato, assim como qualquer ramo da ciência. As leis da física surgem de fatos naturais, enquanto as leis jurídicas surgem de fatos sociais. Enxerga-se, sob este aspecto, o estudo voltado exclusivamente ao ser (fato). A falha reside em ignorar que a aplicação empírica também decorre de um juízo de valor, sobre o fato. Tal juízo valorativo interpreta a natureza do fato, o que abre azo a imensas imprecisões.

E, de fato (com proposital trocadilho), o ordenamento jurídico é criado com base no fato social. Exemplificativamente o artigo 121 do Código Penal decorreu de um fato social. Preceitua o enunciado do referido texto legal que matar alguém implica a pena de prisão.

<sup>30</sup> ROSENN, Keith S. Ob. Cit., p. 13.

<sup>31</sup> KELLEMAN, Peter. *Brasil para principiantes, venturas e desventuras de um brasileiro naturalizado*. 8ª Ed., Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1964, pp. 11-12, *apud*, ROSENN, Keith, ob. Cit., p. 12.

<sup>32</sup> RIBEIRO, Fábio Túlio Correia; CAVALCANTE, Henrique Costa. *O realismo jurídico*. Revista da ESMESE, Nº 07, 2004, pp. 301/322.

Ora, a lei surgiu depois de se ter verificado experimentalmente que o homicídio é contrário aos bons costumes e que a prisão é eficiente para a punição e ressocialização de um condenado. Note-se a existência do juízo de valor.

Sob este aspecto, há fortes críticas ao realismo jurídico, por possibilitar ao julgador a escolha no momento da decisão. Enfim, é apresentado ao juízo o fato e, no momento de proferir a sentença, pode o magistrado optar por uma das alternativas possíveis. Neste caso, o juiz estaria decidindo previamente em seu íntimo para, posteriormente, encontrar a fundamentação adequada e conveniente. O próprio Ministro Marco Aurélio Melo, segundo Ribeiro e Cavalcante<sup>33</sup>, então vice-presidente do STF, declarou a uma rede televisiva que o juiz primeiro decide e só depois vai buscar os fundamentos da decisão.

As escolas antecedentes, ao contrário, perfaziam o percurso que sai da norma ao fato, o que é oposta ao realismo. O realismo, pois, traz ao juízo a criação do Direito, ao revés do legislador. Pois o Direito só o é enquanto fato, ou seja, enquanto devidamente aplicado em uma decisão.

O “jeito”, de mesmo modo, é o realismo levado ao extremo. A crença de que se pode decidir conforme o caso com bom senso, livrando-se das amarras legais por reinterpretação do ordenamento jurídico. O grave disso é que o bom senso passa a ser a conveniência.

E os custos do “jeito” não são baixos. Pode-se considerar a existência de duas espécies de jeito: aquele que apenas dá maleabilidade à interpretação de ordens, assim entendidas as leis e atos de autoridade, por mero interesse no pragmatismo de sua aplicação a cada caso e realidade concretos (sem conveniência), e o jeito corrupto, que busca a aplicação ou não de ordens de acordo com os interesses particulares de quem dele se beneficia.

Apenas abrindo um parêntese, não se quer aqui, evidentemente, atacar este ou aquele órgão ou definir como corrupto o judiciário ou qualquer outra instituição pública. Ao contrário, o interesse deste trabalho é apenas buscar os pontos de contato entre os fatores extrajurídicos, dentre eles o “jeito”, e a amplitude de atuação do magistrado.

E é notório, como se vê, inclusive no tópico a seguir, que um dos maiores problemas da prestação jurisdicional é a morosidade. Esta, gerada pela falta de estrutura que é, como será apreciado no tópico a seguir, muitas vezes interesse de determinados grupos, refletindo aí a

---

<sup>33</sup> *Idem*, p. 305.

aplicação do “jeito” decerto corrupto, causando um grave custo para o Brasil, com estimativas alarmantes:

A morosidade na prestação da justiça tem um custo alto para o Brasil, mas é difícil medir. Armando Castelar Pinheiro, o chefe do Departamento Econômico do BNDES, recentemente fez algumas estimativas numa pesquisa para o Idespa. O estudo dele mostra que em países onde o poder judiciário funciona de maneira ineficiente e imprevisível, as margens de lucro das empresas são normalmente 26% mais altas do que nos países onde a justiça é mais eficiente e confiável. (...) Somando esses custos, Pinheiro estima que o custo econômico de um judiciário que funciona mal é uma redução de 15% na taxa de crescimento do PIB. Embora não haja uma conta específica para o Brasil, “um cálculo seguindo essa média permitiria ao país ter crescido 3,5% no ano passado (1996), e não os 3% registrados pelo IBGE – um desperdício, portanto, de quase 4 bilhões de dólares.<sup>34</sup>

É bem verdade que a Justiça está mudando. O implemento do Conselho Nacional de Justiça e demais conselhos das cortes superiores têm permitido a uniformização de procedimentos administrativos que busquem maior padronização e agilidade da solução dos processos. Mais que isso, busca o CNJ a reformulação do sistema organizacional dos tribunais, em termos de tecnologia e recursos humanos, como forma de criar um ambiente mais saudável e receptivo, seja para os magistrados e servidores, seja para, e principalmente, para o jurisdicionado<sup>35</sup>.

E, além do mais, o jeito não traz só prejuízos. Ao contrário, dada toda a extensa carga de formação da administração pública, com um emaranhado complexo e dinâmico de prerrogativas e irregularidades, oscilando entre o legalismo extremo e as “vistas grossas” às ordens preexistentes, o “jeito” atua como amortecedor, como a água quente derramada no cadarço para desfazer o nó, como uma válvula de escape de todas as tensões contrárias que, se rigidamente aplicadas, certamente haveria um verdadeiro *overload* no precário sistema jurídico e administrativo brasileiro.

---

<sup>34</sup> ROSENN, Keith S. Ob. Cit., p. 101.

<sup>35</sup> Observe-se o rol de metas prioritárias de 2010, implantado pelo CNJ, aplicável a todos os braços da Justiça, no site [http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=10350&Itemid=1125](http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=10350&Itemid=1125), acesso em 15.05.2010.

Um dos pontos fortes para esse alívio na tensão é a arte conciliatória do “jeito brasileiro”. Para Gilberto Freyre “*a chave do sucesso brasileiro no desenvolvimento de uma sociedade forte, moderna e humana na América tropical, tem sido o talento natural para conciliar*”<sup>36</sup>

Exatamente por esta tendência conciliatória que a Justiça atual busca a conciliação como forma de solucionar diversos processos, desentupindo o gargalo que atrasa a solução rápida e efetiva das demandas, além de trazer maior satisfação às partes, a exemplo do que ocorre com as “semanas da conciliação”, incentivadas pelo Conselho Nacional de Justiça e pelas cortes superiores.

Enfim, o jeito brasileiro de adequar as situações às necessidades pode permitir o contorno de obstáculos a custos relativamente baixos, minimizando prejuízos. Hipoteticamente, quando o governo implementa uma sobretaxa para as dispensas imotivadas de empregados (de acordo com a Lei Complementar nº 101, de 29.06.2001, sancionada por Fernando Henrique Cardoso, destinada ao Governo, o que é diverso da indenização rescisória de 40% sobre o FGTS, garantida pelo Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), cujo verdadeiro fim não é evitar o desemprego, mas repor um rombo no FGTS, decorrente de mau uso do dinheiro público. Certamente que ao elaborar o projeto de lei, o Governo levou em conta parâmetros como a porcentagem de sonegação para conseguir o seu objetivo, qual seja, a exata reparação do rombo. Ora, se a lei é para ser cumprida, não há como se pensar em sonegação. No caso brasileiro, no entanto, é importante que se tenha isso em mente, para que se possa atingir o objetivo.

Quando o próprio governo adota posições menos rígidas em relação ao cumprimento de eventuais ordens – entendidas como leis e atos do executivo – está, em verdade, assumindo, como conclui Rosenn, uma posição mais “*laissez-faire*”. O jeito assim aplicado permite suavizar, inclusive, o ideário social do estado, garantindo maior liberalismo. Permitir a burla de lei, como no caso acima, impede o fechamento de alguns negócios, mantendo a atividade econômica operante, sem causar desemprego ou maiores impactos sociais. Enfim, o jeito, quando não impede, suaviza conflitos sociais, ainda que sufrague algumas garantias e liberdades individuais.

---

<sup>36</sup> FREYRE, Gilberto. *New world in tropics: the culture of modern Brazil*. New York: A. Knopf, 1959, p. 7, *apud*, ROSENN, Keith S., ob. Cit. p. 48.

## 1.2. A IMAGEM DA MAGISTRATURA JURÍDICA BRASILEIRA

É importante relevar que, após as breves considerações sobre a vida pregressa brasileira, a formação do senso de cidadania, burocracia e justiça de nossa nação, antes mesmo de ser considerada uma república, não se pode criar um estereótipo de magistrado com traços pejorativos ou obsoletos ao que se espera de tais agentes públicos.

É bem verdade que, como visto, os conceitos de administração pública, poder público e justiça pública têm se mostrado confusos, com a decorrência de constantes, triviais e até mesmo esperados abusos, além de constante confusão de interesses público e privado.

Essa distorção no exercício da função pública tem gerado, com o passar dos anos e dos séculos, profundo descrédito à instituição judicante por parte da população, que respeita a autoridade, quando assim o faz, por temor ou por interesse. Temor que a lei lhe seja aplicada em todo seu rigor, motivada por interesses escusos do aplicador, ou interesses em obter alguma vantagem pessoal, motivada por apreço pessoal do aplicador, decorrente do “complexo de padrão” analisado alhures.

O presente capítulo tem como escopo tentar mostrar a presente e atual imagem da magistratura brasileira, com base em pesquisas e estatísticas, na expectativa de repelir os estereótipos tidos como padrão do poder público, notadamente do judiciário, descrito alhures.

Uma primeira pesquisa a ser considerada, realizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) em 2008<sup>37</sup>, a respeito do grau de confiabilidade da população brasileira em relação às diversas instituições, tais como as Forças Armadas, Polícia Federal, Ministério Público, Imprensa, Igreja Católica, além das diversas esferas de poder executivo, legislativo e judiciário, apontou que enquanto 56% da população confia, de um modo geral, no Poder Judiciário, 52% na Presidência da República e 49% nos Governos executivos estaduais, representando, em consideração com a porcentagem dos que não confiam e não opinaram, a um saldo positivo de +19, +10 e +5, respectivamente, apenas 39% da população brasileira confia nas Assembléias Legislativas, 33% no Senado, 26% das Câmaras de Vereadores, 24% na Câmara de Deputados e apenas 22% nos Partidos Políticos, o que representa um saldo negativo de -15, -28, -42, -44 e -50, respectivamente.

---

<sup>37</sup> Fonte: <http://www.amb.com.br/portal/docs/pesquisas/barometro.pdf>, acesso em 15.05.2010.

Essa pesquisa mostra claramente a crise institucional do poder legislativo, cujos atos não possuem a credibilidade necessária frente aos destinatários de sua função. Por tal razão decorre o constante desrespeito à lei, ou sua adequação às diversas realidades individuais. Percebe-se, também, que o grau de confiança na magistratura supera o correspondente às demais esferas de poder, tendo o executivo no centro e o legislativo integralmente sem qualquer confiança e, por sua vez, legitimidade para sua atuação.

Esse descompasso significa um grave desequilíbrio no sistema republicano de divisão do poder. Por tal desequilíbrio, com a confiança e esperanças voltadas integralmente ao Poder Judiciário, este passou a ser pressionado pela sociedade a sanar os conflitos, a dar segurança ao Direito, a criar a justiça, algo antes sempre esperado dos demais poderes. Essa crise de equilíbrio na distribuição do poder fez o judiciário levantar sua voz, se erguer e sair do isolamento social, a se preocupar com a democracia, com o Direito Constitucional, a defesa dos direitos fundamentais, inserindo-se na atuação legislativa e na atuação discricionária da administração pública e em suas políticas.

Pois bem, a segunda pesquisa, é de ordem interna. Através de profundos estudos realizados pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB)<sup>38</sup>, no primeiro em 2005, através da resposta de questionários por mais de 3.000 juízes brasileiros, e no segundo em 2006, com quase 3.000 juízes, espalhados por todas as regiões do país, de todos os ramos do judiciário, ativos e aposentados, aqueles antigos e neófitos, homens e mulheres e de todos os graus de jurisdição, pôde-se ter uma visão ampla e, ao mesmo tempo, profunda, de quem é o juiz de hoje e, mais do que isso, o que se espera da magistratura do amanhã, notadamente porque se tem um judiciário em transformação, em mudança, decorrente desse próprio início de república constitucionalista séria, implementada em 1988.

Nas palavras de Rodrigo Collaço, que participou da referida pesquisa:

O exercício do autoconhecimento revelou-se surpreendente. Demoliu até os estereótipos e mitos mais arraigados sobre a magistratura brasileira. Como o “mito do distanciamento”, muito difundido. O juiz visto como uma ostra, voltado para si mesmo, raramente expõe-se e jamais preocupado com as questões que atormentam

---

<sup>38</sup> Fonte: <http://www.amb.com.br/?secao=pesquisas>, acesso em 05.05.2010.

o cidadão comum. Indiferente até com o que ocorre dentro ou envolvendo o próprio Poder Judiciário.<sup>39</sup>

Segundo o perfil demográfico e sociológico traçado pela pesquisa, considerando apenas os profissionais em atividade, o juiz brasileiro médio é do gênero masculino, de cor branca, possui idade de 44,4 anos, casado, com filhos, proveniente de família com mais de um filho, filho de pais com escolaridade inferior à sua e formado em faculdade de Direito pública<sup>40</sup>.

Destinchando tal resultado médio, tem-se que, atualmente, 77,6% dos magistrados são homens, sendo predominante o gênero masculino entre os aposentados (90,5%), contra 72,9% entre os ativos, o que evidencia o fortalecimento da participação feminina no ingresso à carreira judicante. Em pesquisa de 1993 feita pelo Instituto de Desenvolvimento Econômico e Social (IDESP), observou-se a presença de 89% de integrantes do sexo masculino<sup>41</sup>.

No tocante à idade, na pesquisa o mais jovem possuía 24 anos e o mais idoso 94 anos. E a progressão também demonstra o crescimento da população feminina nos bancos judicantes. Nas faixas de até 30 anos e de 31 a 40 anos, 36,4% e 32,4% são mulheres, enquanto nas faixas de 41 a 50, 51 a 60 e acima de 60, 26,7%, 19,1% e 8,5% são mulheres.

Quanto à agilidade e efetividade da produção judicante, o próprio judiciário o avalia de forma bastante crítica e severa. Apenas 9,9% dos magistrados avaliou o Poder Judiciário, como um todo, como “bom” ou “muito bom”, sendo que 48,9% avaliou a instituição, no quesito agilidade, como “ruim” e “muito ruim”.

Abrindo um parêntese, a respeito deste quesito, a agilidade, é notória a fama do judiciário brasileiro pela demora na entrega da prestação jurisdicional. Contudo, também o é a falta de estrutura e capacidade orçamentária repassada aos órgãos do judiciário para que possam dar ao jurisdicionado a adequada resposta às suas reclamações.

Para Amilton Bueno de Carvalho, a falta de estrutura é algo propositado, notadamente por quem não quer uma prestação jurisdicional rápida e eficaz. Assim dispõe o notável professor e magistrado:

---

<sup>39</sup> COLLAÇO, Rodrigo. *Auto-retrato dos magistrados brasileiros*. Apresentação da obra: SADEK, Maria Tereza. *Magistrados: uma imagem em movimento*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2006, p. 7.

<sup>40</sup> SADEK, Maria Tereza. *Magistrados: uma imagem em movimento*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2006, p. 15.

<sup>41</sup> Idem, p. 15.

Embora pareça discussão menor, na verdade, o volume de trabalho imposto aos juízes é de tal forma alarmante e de tal forma denunciado, que a falta de solução ao problema traz verdade encoberta: não há interesse que o Judiciário funcione (aliás, ele funciona porque o que é feito para mal funcionar e mal funciona, logo funciona).<sup>42</sup>

Quanto ao caráter das decisões judiciais, talvez como principal dado para nosso presente trabalho, foi indagado aos entrevistados se as decisões judiciais deveriam ser orientadas predominantemente pela lei, com pouca atividade criadora e interpretativa, se deveriam se preocupar com as consequências econômicas e, ainda, se deveriam ter compromisso com as consequências sociais de cada caso.

Quanto aos parâmetros legais, note-se, 87,1% dos magistrados na ativa disseram que a decisão deve se orientar por parâmetros legais, apenas 40,5% acham que deve haver compromisso com as consequências econômicas, enquanto 83,8% consideram imprescindível o compromisso com as consequências sociais.

Num primeiro momento, tais dados apontam para uma visão decerto reacionária da magistratura, ainda não muito acostumada com a possibilidade de se criar o Direito, de atuar como ativo e interveniente sujeito interessado em uma decisão justa, independentemente da atuação das partes ou da imposição do legislativo. Isso porque ao se manifestarem, em sua grande maioria, pela necessidade de se orientar por padrões legais, estão estes todos, de certo modo, conformando-se com a desnecessidade de se criar o Direito na grande maioria dos casos. Por outro lado, há um descompasso no equilíbrio entre o social e o econômico. A grande maioria acha imprescindível avaliar as consequências sociais, mas a minoria as consequências econômicas. Essa preocupação com o social, contudo, transcreve uma forte influência ideológica da magistratura brasileira.

De toda sorte, apreciando com mais cautela, o que faremos guardando espaço para as conclusões finais, observamos que, ainda que se possa criar o Direito, a ideia do magistrado atual é, e como tem que ser, de defesa do ordenamento jurídico e do princípio republicano. Para tanto, imprescindível o respeito à atividade legislativa e ao próprio corpo que faz as leis. Ao magistrado, como regra, cumpre aplicá-las, evidentemente que não de forma literal e mecânica, mas adequando-a à realidade local e específica de cada caso, conforme sua sensibilidade como pessoa o autorizar, permitindo-se criar a norma utilizando-se a fonte

---

<sup>42</sup> CARVALHO, Amilton Bueno. *Magistratura e direito alternativo*. 3<sup>o</sup> Ed., Niterói: Luam, 1996, p. 94.

normativa legal ou outra, ainda que extrajurídica, conforme o caso e a necessidade, dentro de regras existentes de interpretação e defesa dos direitos fundamentais.

É certo, portanto, que o magistrado atual tem perfeita noção de seu ímpeto, de dever de equilíbrio do princípio republicano e divisão de poderes, o que não significa que se considera um órgão inferior e obediente aos comandos do legislativo, como se seu superior. O juiz atual, enfim, sabe que não é escravo ou soldado da lei, mas criador do Direito, baseando-se na lei ou em outras fontes<sup>43</sup>, quando necessário.

Dentre outros dados levantados na pesquisa, verificou-se que dentre os juízes da ativa, a avaliação média do STF, em razão de sua independência quanto ao executivo e legislativo, além de relação com as demais cortes, foi de 4,9, contra 6,0 pelos aposentados (numa escala de 0 a 10), o que demonstra que o órgão supremo vem tendo maior reprovação e a magistratura menos comodismo com a situação. No mesmo sentido, a grande maioria se mostrou contrária à composição do STF por indicação do Presidente da República e aprovado pela maioria absoluta do Senado (modelo atual), com apenas 1,4% de aprovação.

No que tange à observância às súmulas, 65,6% asseguram que decide de acordo com a matéria sumulada pelos tribunais, sendo que destes, 30% afirmaram que atuam assim com muita frequência e 35,6% com alguma frequência. Deste dado, demonstra-se que o perfil do magistrado atual busca a segurança jurídica, porém está preparado a decidir contrariamente às súmulas quando necessário for.

Por fim, o que se pode concluir do presente estudo é que a magistratura está mudando, se rejuvenescendo, o público feminino vem aumentando e, decorrente desses fatores todos, o pensamento vem mudando. Nas palavras de Sadek:

A pesquisa mostra que se alterou um pouco o bloco antes monolítico do dogma da supremacia da letra da lei, ante a nova formação, também vinda da influência do pensamento universitário mais recente, sobretudo após a introdução, nos currículos das faculdades de Direito, das cadeiras de Sociologia do Direito e Metodologia do Ensino Jurídico e a modernização dos programas de Teoria Geral do Direito, Doutrina

---

<sup>43</sup> Em forte crítica ao império da lei como única fonte do direito, assim escreve o prof. Amilton: “*Em concebendo o Direito como norma, o jurista nada mais é do que mero instrumento de uma classe que em determinado momento (via eleição, revolução ou golpe) assalta o poder de legislar*”. CARVALHO, Amilton Bueno. Ob. Cit., p. 93.

do Estado e Filosofia do Direito – e, em especial, após a pujante doutrina formada a partir dos clássicos da matéria.<sup>44</sup>

### 1.3. UMA PEQUENA APROXIMAÇÃO DA MAGISTRATURA ATUAL À *POLIS* GREGA

As modernas correntes a respeito da concepção de Estado tendem a trazer elementos acerca da antiga Grécia e sua *polis*, afinal, foi pelo seu surgimento que se pode hoje ter noção do que é o Estado. A *polis* representou importante acontecimento para a vida social e para as relações humanas. Num primeiro momento, trouxe a preeminência da palavra sobre todos os demais instrumentos de poder, conduzindo ao nicho social o debate, o contraditório, o argumento<sup>45</sup>.

Num segundo momento, tendo o debate como norte da instrumentalização do poder, o debate e as manifestações sociais tornaram-se públicos. Os conhecimentos, valores e técnicas mentais eram levados à praça pública, sujeitos a críticas e controvérsias. Enfim, a palavra pública tornava-se o instrumento da vida política. A partir daí já se pode antever o domínio público das leis e do Direito e, conseqüentemente, a democracia.

Essa última surge com aquilo que se cria em um terceiro momento pela *polis*, a *isonomia*. Nas palavras de Vernant:

Os que compõem a cidade, por mais diferentes que sejam por sua origem, sua classe, sua função, aparecem de uma certa maneira “semelhantes” uns aos outros. Esta semelhança cria a unidade da polis (...). O vínculo do homem com o homem vai tornar assim, no esquema da cidade, a forma de uma relação recíproca, reversível, substituindo as relações hierárquicas de submissão e de domínio<sup>46</sup>.

É bem verdade que a análise da *polis* grega é vista pela sociologia ocidental com pelo menos dois preconceitos: o primeiro consiste em ver a Grécia como um paradigma eterno de democracia, tal como é concebida. O segundo, seu inverso, é tê-la como um modelo negativo, um antimodelo<sup>47</sup>. Para Castoriadis, no entanto, a Grécia é vista como um *locus* social-

---

<sup>44</sup> SADEK, Maria Tereza. Ob. Cit. p. 107.

<sup>45</sup> VERNANT, Jean-Pierre. *As origens do pensamento grego*. 19.<sup>a</sup> edição, Trad. Isis Borges B. da Fonseca, Rio de Janeiro: Difel, 2010, p. 53.

<sup>46</sup> VERNANT, Jean-Pierre, *idem*, pp. 64/65.

<sup>47</sup> CASTORIADIS, Cornelius. *A polis grega e a criação da democracia*. Disponível em: <http://www.fflch.usp.br/dh/heros/excerpta/castoriadis/democracy.htm>, acesso em 20.10.2010.

histórico onde surgiram a democracia e a filosofia, sendo, portanto, um *germen*, nenhum modelo ou uma espécie.

O que nos parece importante ressaltar é que, como visto acima, a magistratura brasileira atualmente possui uma imagem multifacetada, decorrente de integrantes de diversas classes sociais, credos, cores, religiões etc. O atual juiz não é mais originado de uma elite exclusiva e, conseqüentemente, a carreira não é mais acessível apenas para os integrantes desta elite. Muito embora não sejam os magistrados eleitos como representantes do povo, deste *demos* que aqueles vêm.

Ademais, o magistrado atual, ao contrário dos representantes do povo presentes nas outras duas casas (o legislativo e o executivo), não são aqueles “especialistas em política” que, dada a imensa popularidade que possuem, deixam de conviver como verdadeiros cidadãos comuns. O magistrado não é celebridade, como governadores, senadores e deputados. Ao contrário, protege sua privacidade como um cidadão comum, continua convivendo com seus pares, cidadãos das mais diversas classes, mais se aproximando do seio social.

É, portanto, um do povo. Sob este aspecto, sobremaneira não sendo o magistrado um “representante” do povo (por não ser eleito), mas um “integrante” do próprio povo, sendo, dos que exercem o poder, o que mais convive em seio popular, sua atuação mais se aproxima da democracia direta da *polis* grega que o próprio sistema representativo. Mais a mais, o amplo acesso à Justiça, como será apreciado a seguir, permite a participação direta da população no exercício da democracia, em sua faceta judicante.

#### 1.4. O ESTADO LIBERAL

Do princípio liberal chega-se ao princípio democrático.

Do governo de uma classe, ao governo de todas as classes.<sup>48</sup>

Dada a história da estrutura jurídica e formação cultural brasileiras, notadamente na formação pessoal e social do magistrado, cumpre-nos tecer breve resumo do histórico do processo como Direito formal, instrumento garantidor dos princípios estatais. Delimitamos aos períodos que

---

<sup>48</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 8ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 43.

nos interessam, da presença maciça do estado liberal à uma inclinação para o estado social, com as devidas transformações decorrentes da existência do Estado brasileiro.

O processo civil brasileiro, como qualquer outro ramo do Direito, sempre acompanhou a realidade de sua época, ainda que com certo “*delay*”. E como não poderia ser diferente, o Brasil passou por inúmeras mudanças político-ideológicas, por uma diversidade infinita de realidades com necessidades e êxitos próprios. A par disso, o processo civil foi-se amoldando, encontrando seu espaço, às vezes a contento, às vezes tarde demais.

Atualmente, em um *Estado social dos direitos fundamentais*, após passar por um Estado liberal, uma tendência de Estado socialista e por um *Estado social das Constituições Programáticas* (que mais lembra um Estado liberal), pode-se dizer que está o Brasil alcançando certa maturidade como República, com o desenvolvimento necessário do processo, garantido e norteado pela Constituição Federal. O processo procura se amoldar a este Estado, com ferramentas novas ou renovadas, cujo campo de atuação deve ser estabelecido para que possa promover sua aplicação para uma máxima efetividade. Como melhor definimos:

O processo brasileiro tradicional não consegue dar amparo às diversas lides surgidas no atual estágio social. Entretanto, a presente organização social, no plano fático, populosa e massificada, tem como supedâneo jurídico garantidor dos princípios fundamentais a Constituição Federal que, de certo modo, trouxe um rol normativo suficiente para a correta defesa desses princípios, e que merece sua ampla aplicação para uma máxima efetividade.<sup>49</sup>

De regra, as novas ferramentas advêm da Constituição. O processo, o Direito como instrumento garantidor advém da Constituição. Esta é a fonte máxima e o elo agregador de todas as normas, que só assim o são (validade formal) se, de acordo com aquela. É o que se chama de *unidade da Constituição* que, nas palavras de Zaneti

está presente na sua *unidade argumentativa*, um remédio aos efeitos destrutivos e desagregadores dos excessos legislativos contemporâneos. Dessa forma, a Constituição deve ser entendida como um direito superior, vinculativo inclusive para o legislador. Mas não só, o seu mais importante aspecto está na presença simultânea

---

<sup>49</sup> MORO, Cássio Ariel. *A distribuição do encargo probatório nos processos coletivos*. In: ZAGANELLI, Margareth Vetis. (coordenadora). *Processo, verdade & justiça: estudos sobre a prova judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 45.

de regras, princípios, direitos fundamentais e justiça como elementos mínimos, agregados pela exigência extra de adequação e razoabilidade entre o caso concreto e a lei; em certa medida, é um retorno aos juízos de equidade. Esse direito constitucional é o núcleo e o conteúdo da Constituição, o que garante a sua dinâmica e a sua estabilidade; em uma palavra, a *unidade da Constituição no Estado Democrático e Pluralista*.<sup>50</sup>

Para chegar a tal ponto, foi necessária a criação de um Estado de Direito<sup>51</sup>. Retrocedendo à criação do Estado Liberal, ainda na França da revolução, tem-se que, como todos sabemos, este foi fruto de grande conquista contra o governo absolutista. Mais que isso, Bonavides salienta que o estado liberal foi a primeira noção de *Estado de Direito*

mediante um ciclo de evolução teórica de decantação conceitual, que se completa com a filosofia de Kant. O Estado é armadura de defesa e proteção da liberdade. Cuida-se, com esse ordenamento abstrato e metafísico, neutro e abstencionista de Kant, de chegar a uma regra definitiva que consagre, na defesa da liberdade e do direito, o papel fundamental do Estado.<sup>52</sup>

Enfim, esse primeiro Estado jurídico, escaldado com as relações de cunho pessoal e despótico que norteavam as rodas de poder, buscou uma administração fortemente impessoal e distante das atividades privadas, para garantir a liberdade de agir do indivíduo. Como decorrência, veio o formalismo em sua forma mais extremada e a esterilização da força criadora e dirigista do Estado.

A fórmula básica do liberalismo revolucionário, a partir da assunção ao poder de uma classe até então dominada, mas que se dizia livre e que pretendia a liberdade de todos, era a criação do Direito público e impessoal, com a promulgação de uma Constituição, códigos da sociedade civil, declarações de direitos e a separação de poderes.

<sup>50</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 4.

<sup>51</sup> Evidente que tal manifestação não possui intento de precisão filosófica quanto ao próprio conceito de Estado, pois, se é considerado Estado, somente pode o ser de Direito, pois a organização social vista como tal somente se deu na história com o advento do Direito, como uma evolução de outras formas de organização social que o precederam, mas que não se consideravam Estado, especialmente ante a ausência do *pacto social*, como o feudalismo, impérios, cristandade etc. Nas palavras de Joseph Raz Estado “*é a organização política de uma sociedade; seu governo, o agente por meio do qual atua, e a Lei, o veículo pelo qual muito de seu poder é exercido*” (*grifo nosso*). RAZ, Joseph. *The morality of freedom*. Oxford: Clarendon Press, 1986, p. 70. *apud* MORRIS, Christopher W. *Um ensaio sobre o Estado moderno*. Trad. Sylmara Beletti, São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 45.

<sup>52</sup> BONAVIDES, Paulo. Ob. Cit., p. 41.

Ocorre que o Estado de direito criado pela burguesia sofrera por uma contradição. Se, na teoria, o primeiro ideário da trilogia era a liberdade e se propagava a liberdade de todos, de todas as classes sociais, na prática a situação se mostrou um pouco diferente. Manteve-se o discurso da universalidade apenas doutrinariamente, pois, na prática, a burguesia se tornou classe dominante, enquanto dominação é algo contrário à liberdade.

E não por menos. Uma classe dominante não só do poder, mas principalmente do meio produtivo, o que diferenciava a burguesia liberal da nobreza absolutista. Possuindo domínio sobre o meio produtivo – e, tendo este, também o tinha sobre a política –, qualquer outra classe ficava desabrigada. Trabalhadores não tinham votos e direitos, muito menos mecanismos que pudessem lhes dar condições de implemento dos seus ganhos e qualidade de vida, quanto mais participar da vida política ativamente.

Enfim, observa-se que o Estado Moderno também tem seus métodos de exploração sistêmica da população em geral, também gerando mazelas sociais. Nas palavras de Morris:

Embora a pobreza e a miséria não sejam recentes, o Estado moderno proporciona novos meios de exploração sistemática – ou, de modo mais imparcial, de extrair recursos de súditos ou cidadãos – os quais, com muita frequência, são colocados em uso efetivo. (...) Mas todos os Estados exigem consideráveis sacrifícios de nossa parte, carga que a maioria de nós não assume facilmente. Que fundamentos pode haver para tais sacrifícios? Que justificativas existem para as obrigações que supostamente temos com o Estado? Por que devemos obedecer ao Estado e a seus agentes?<sup>53</sup>

De toda sorte, outro problema fatal encontrado no liberalismo primitivo foi a total despolitização do Direito. Se a administração pública, considerada em todas as suas esferas, buscava garantir a liberdade e não intervenção, de mesmo modo era o judiciário. Ao juiz cumpria aplicar estritamente as leis codificadas, oriundas de um legalismo positivado, legalismo este criado pelos representantes populares burgueses.

---

<sup>53</sup> MORRIS, Christopher W. *Um ensaio sobre o Estado moderno*, ob. cit. pp. 34-35.

Enfim, bastava a existência de lei. Um legalismo exacerbado que fez cair no esquecimento o conceito de legitimidade. Não se indagava se a pretensão de um cidadão era legítima, apenas se era legal ou, de fórmula mais simples, se não havia proibição para seu exercício<sup>54</sup>.

Essa distância do real trouxe graves prejuízos ao liberalismo. A própria liberdade era meramente formal, como dissemos alhures, a igualdade idem. A mera existência de um ordenamento jurídico positivista não era capaz de solucionar os conflitos sociais. Precisava-se mais. O dirigismo estatal era necessário.

E a história tem demonstrado que o desenvolvimento de regras jurídicas, marcos regulatórios, formas democráticas de governo e restrições constitucionais ao poder dos dirigentes, como a sua divisão e o federalismo, trouxe amplas melhorias à vida política.

#### 1.4.1. O LIBERALISMO DE LOCKE, MONTESQUIEU E KANT E A REPARTIÇÃO DO PODER

Basicamente a filosofia política do liberalismo foi capitaneada por Locke, Montesquieu e Kant, um inglês, um francês e um alemão que, em comum, propugnavam pelo fim do absolutismo e a transferência do poder ao povo, através do constitucionalismo.

John Locke, não tão rigoroso quanto Montesquieu, considerando o que representava (e representa atualmente) a coroa à realidade britânica, ao discorrer sobre a necessidade de divisão do poder, falou apenas em um princípio limitador entre o monarca e a representação popular<sup>55</sup>. Enfim, o rei não perde o poder, apenas o tem de forma mitigada.

A questão é que Locke levou em consideração o direito natural, mas sem questionar a (para ele) sempre presente “virtude” dos governantes, algo deveras utópico. Para Locke, o governante sempre é virtuoso, cauteloso e bom. Não observa o que assim o faz Montesquieu, mais cético, do princípio segundo o qual *“todo poder tende a corromper-se e todos os que o possuem tendem a ser levados, mais cedo ou mais tarde, a abusar de seu emprego”*<sup>56</sup>. Denota-se que Locke presume com otimismo a atuação do governante, algo que,

---

<sup>54</sup> Em exemplo similar, no nacional-socialismo, Hitler assumiu o governo alemão legalmente, mas será que legítimo?

<sup>55</sup> BONAVIDES, Paulo. Ob. Cit. p.; 46.

<sup>56</sup> Idem, p. 47.

convenhamos, não era parâmetro à época, marcada por um rol histórico extenso de abusos. Nas palavras do próprio filósofo, muitas coisas há que o Direito não pode de modo algum prever, e estas devem, necessariamente, ser deixadas ao critério do poder executivo, pois é nas mãos deste que está o interesse público<sup>57</sup>.

Locke declara, em princípio, algo óbvio, que a lei não é capaz de prever todas as situações possíveis que exijam uma solução do poder público. Deste modo, tais situações devem ser solucionadas pelo administrador público que, ao léu do ordenamento jurídico omissivo, agirá de acordo com o interesse público.

Evidente que este “poder” conferido ao administrador por Locke não se equipara à discricionariedade absolutista, pois, naquele caso, há um compromisso efetivo com o bem público. Para Locke essa prerrogativa nada mais é que se fazer o bem público quando ausente lei (*“for prerogative is nothing but the Power of doing public good without a rule”*).

O problema é definir o que é interesse público. Qual é o limite do que é e o que não é bem público? Dizer que se está agindo ao arpejo da lei para satisfazer o bem público, sem preocupação com a estrita definição deste e sua natureza jurídica, é uma afirmação afásica.

Tradicionalmente, o próprio Direito público brasileiro tem tomado como norte a prevalência, supremacia e indisponibilidade do interesse público, o que implica que os interesses privados não podem se sobrepor ao interesse público, algo, para Locke, que fulmina com o absolutismo. O titular do Direito, no caso, é o povo e não seu administrador.

Contudo, pragmaticamente e contrariamente às previsões de Locke (mas não de Montesquieu), o interesse público passou a ser uma válvula de escape para a atuação sobremaneira pessoal da administração pública, quando o poder for corrompido.

Na atualidade, o exercente do poder político refugia-se no princípio da supremacia do interesse público para evitar o controle ou o desfazimento de atos defeituosos violadores de garantias constitucionais<sup>58</sup>.

---

<sup>57</sup> “Many things there are which law can by no means provide for, and those must necessarily be left to the discretion of him that has the executive power in his hands to be ordered by him as the public good and advantage shall require”. LOCKE, John. *The Second Treatise of Civil Government*, 1690, in: <http://www.constitution.org/jl/2ndtreat.htm>. Acesso em 20.05.2010.

<sup>58</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 36.

Tércio Sampaio considera o interesse público como um “lugar comum”<sup>59</sup>, dada a falta de definição precisa, permitindo o seu uso do modo que for conveniente, obstando um efetivo controle da administração pública por uma justificação convincente. Sem querer contrariá-lo, pensamos que não é necessariamente a falta de definição precisa do interesse público o problema, mas a falta de mecanismos eficazes de controle sobre atos que desviem a administração pública de se perquirir o bem público. Isso porque o interesse público pode ser definido como aquele que está de acordo com todos os princípios previstos no artigo 37, da Constituição Federal. Ou seja, se um bem público, decorrente de um ato público, está resguardado pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, o interesse público está preservado.

Para ilustrar essa assertiva, pensemos em um governo que precisa reformar duas estradas, mas possui recursos para apenas uma delas. Escolhe o administrador reformar a estrada que passa em frente à sua propriedade, ainda que essa estrada não possua tanto movimento quanto à outra e praticamente não existem acidentes decorrentes da má conservação. Neste caso, é nítido o não compromisso com o bem público porque não resguardados os princípios da moralidade e da impessoalidade.

A dificuldade, pois, não reside, necessariamente, na indeterminação do bem público, mas na forma em que se analisam todos os aspectos que o norteiam. É um caso em que devem estar presentes e aplicados conjuntamente cinco princípios. As fontes para sua análise podem ser extrajurídicas, não se resumindo à mera legalidade. A conveniência, nesse caso, é delimitada. Basta-se perquirir se de fato há moralidade e impessoalidade, além dos demais.

Por tal razão, para Bonavides, a prerrogativa lockiana teve consequências mais próximas da monarquia, ainda que constitucional, e até mesmo do absolutismo do *bom rei*, algo, enfim, intermediário entre a monarquia absolutista e o estado de direito liberal.<sup>60</sup>

Já o clássico do liberalismo burguês, na França, apresentava um sentimento mais rigoroso e radical em face do absolutismo. Montesquieu não admitia uma monarquia constitucional e, ao tratar da separação do poder (ou separação de poderes, como preferem alguns, desconsiderando o fato de que o poder é uno), apresentava uma visão mais pragmática, com

---

<sup>59</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Interesse público*. In: *Revista do Ministério Público do Trabalho da 2ª Região*, São Paulo: Centro de Estudos, n. 1, 1995, p. 10. *apud* JUSTEN FILHO, Marçal. Ob. Cit., p. 36.

<sup>60</sup> BONAVIDES, Paulo. Ob. Cit., p. 49.

uma delimitação e distribuição efetivas das prerrogativas a pessoas absolutamente distintas, não tratando de apenas uma mitigação do poder.

É bem verdade que a teoria de Montesquieu procede da teoria do contratualismo de Rousseau, que afirma a ideia do pacto social. Através deste, transfere-se o poder do rei ao povo. Mais que isso, no estado jurídico, os direitos até então naturais são transferidos ao Estado e, após devida depuração e distribuição equânime, são devolvidos ao povo com o nome de direitos civis.

Segundo Belaid, Montesquieu possui dois receios em relação às leis que formam a liberdade política, em suas relações com a Constituição. A primeira decorre das relações do cidadão com outros cidadãos, e a segunda a relação do cidadão com as autoridades públicas. No primeiro caso, o cidadão pode temer ameaças ao seu direito por seus pares, no segundo caso, pode ser vítima de um poder arbitrário<sup>61</sup>.

Como solução, Montesquieu bate forte na tecla de que o Judiciário deve ser um poder autônomo e sem qualquer inferioridade ou subordinação em relação aos demais poderes. É neste contexto, diverso da escola clássica (da época), que se obtém melhor garantia da liberdade e o óbice à opressão<sup>62</sup>.

Enfim, a liberdade é conservada porquanto só há subordinação ao Estado. Mantêm-se, assim, garantidas as liberdades individuais. Denomina-se essa delegação de direitos ao Estado de novação ou transformação dos direitos naturais em direitos civis. Enfim, por tal transformação ou novação, os direitos que já possuíam os cidadãos por natureza, passam a ser tutelados e protegidos pelo Estado<sup>63</sup>.

Contrariamente ao pensamento monista de Rousseau, contudo, Montesquieu defende, rigidamente, a tese de divisão de poder. A monarquia burguesa, contudo, habilmente soube

---

<sup>61</sup> BELAID. Sadok. *Essai sur le pouvoir createur et normatif du juge*. Paris: Librairie Generale de Droit et Jurisprudence, 1974, p. 41.

<sup>62</sup> *“Le raisonnement de Montesquieu est clair ; et l'on peut se demander comment l'école classique a cru y trouver une quelconque indication accréditant l'idée de subordination ou d'infériorité réservée aux juges. Bien au contraire ! Montesquieu voyait en eux la meilleure garantie de la liberté et dans cette optique, il prévoit l'indépendance totale des tribunaux à l'égard des autres Pouvoirs constitués : "Le Gouvernement est modéré, parce que le Prince qui a les deux premières-(puissances) laisse à ses sujets l'exercice de la troisième" et "la puissance judiciaire ne doit être réunie à aucune autre partie de la législative" ; ou encore "en général, la puissance législative ne peut pas juger" ; ou enfin, "si elle (la puissance de juger) est jointe à la puissance exécutive, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur".* Idem, p. 42.

<sup>63</sup> Ibidem, pp. 51-52.

fazer da contradição um pensamento único, a teoria do Estado liberal-democrático. Para Wolkmer

o pluralismo “sociológico” e “político” emerge como estratégia descentralizadora face ao moderno monismo social e à teoria da soberania estatal. No que concerne ao pluralismo “sociológico”, este se consolida na medida em que socialmente se ampliam os papéis, as classes e as associações profissionais no âmbito da sociedade industrial. Mais precisamente, como escreve Nicola Matteucci, o pluralismo “sociológico” tem suas origens “na defesa que Montesquieu faz dos corpos intermediários, como elementos de mediação política entre o indivíduo e o Estado, ou na exaltação feita por Tocqueville das associações livres, consideradas como as únicas capazes de tornar o cidadão apto a se defender de uma maioria soberana e onipotente”<sup>64</sup>.

E o pluralismo sociológico acaba por ser a tecla norte do fim do liberalismo primitivo. Afinal, liberalismo e democracia não andam, necessariamente, juntos. O que houve foi apenas uma união histórica, decorrente de uma necessidade contingente à época da revolução. Observe-se que Locke, como visto acima, tinha tese que compatibilizava com a monarquia constitucional, um estado liberal sem democracia. Enfim, liberalismo sempre foi uma ideia da aristocracia, de que o direito da personalidade sobrevinha ao de Estado, de modo a não ter qualquer influência garantidora de verdadeira igualdade a todos, à massa. Ao contrário, a democracia envolve efetivamente a participação popular, interage com os diversos nichos e diversas classes sociais, cabendo a todas, inclusive (e especialmente) às minoritárias, a sua parcela de representação no poder. Vierkandt chegou a afirmar que “*seria correto o conceito de liberdade do liberalismo se os homens fossem dotados de igual capacidade*”<sup>65</sup>.

Este é o ponto. O liberalismo pretensamente democrático, que pôs fim ao absolutismo, transferindo o poder da monarquia à burguesia, permitiu a ascensão dos melhores (em tese), estagnando os demais. Os melhores aqui são aqueles que detêm a produção, as riquezas, além da ostensiva força política. Deste modo, quanto mais riqueza se tem, mais riqueza se pode vir a ter. *Mutatis mutandi*, quanto mais pobre, maior a pobreza tende a ter.

O terceiro pensador é Immanuel Kant, que coloca a liberdade como postulado da razão prática, decorrente da lei moral e cujo Direito define como sendo “*o conjunto de condições*

<sup>64</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 2ª edição, São Paulo: Alfa Omega, 1997, p; 158.

<sup>65</sup> BONAVIDES, Paulo. Ob. Cit. p. 61.

mediante as quais a vontade de cada um pode coexistir com a vontade dos demais, segundo uma lei geral da liberdade”<sup>66</sup>. Enfim, Kant “criou a estrutura daquilo que viria a ser chamado de liberalismo deontológico (ou absolutista)”<sup>67</sup>.

A ideia de Kant, pois, é que o Direito restringe a liberdade. Sua manifestação se dá negativamente, pois dele decorre uma limitação da vontade do indivíduo. *Prima facie* pode parecer que seu posicionamento seja antiliberal, mas isso é um engodo. Com efeito, se o Direito limita o exercício da liberdade plena do indivíduo, assim o faz como forma de manter a coexistência harmoniosa de todos os indivíduos na sociedade que, evidentemente, possuem interesses e vontades contrários entre si.

Prova-se seu caráter liberal o fato de considerar o Estado, como ente necessário, apenas com o fim de proteger a convivência social. Em uma visão hobbesiana, Morris salienta que o Estado é uma criação artificial que visa satisfazer nossos fins, tendo um nítido caráter instrumental, justificando-se “*em função de como beneficiam o povo*”<sup>68</sup>. Para Kant,

O homem não sacrificou parte de sua liberdade externa e inata a um fim determinado, quando entrou na comunidade estatal, senão que abandonou a liberdade feroz e anárquica, para reavê-la depois, intacta, na dependência da lei, ou seja, num estado jurídico, visto que esta dependência deriva de sua própria vontade legislativa<sup>69</sup>.

Segundo Kant, a lei impõe ações ao homem que a ela se pauta em suas ações, contudo, por dois motivos: ou cumpre a lei por coação ou o faz por aceitá-la, por exercer sua vontade de se submeter ao Direito. Apenas sob este último aspecto que se está diante da liberdade. Daquele outro há escravidão e ditadura. Enfim, o homem se considera, sob um primeiro aspecto, como um ser que é regido de acordo com as leis da natureza e, num segundo momento, encontra-se submetido a leis que não são mais empíricas (como no Direito natural), mas fundamentadas exclusivamente na razão (elaboradas pelo Estado de Direito), o que demonstra sua concordância com a ideia de pacto social e, mais do que isso, aplica-se ao caso seu objetivo de

---

<sup>66</sup> BONAVIDES, Paulo. Ob. Cit. p. 110.

<sup>67</sup> MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*, trad. CAMARGO, Jefferson Luiz, São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 155.

<sup>68</sup> MORRIS, Cristopher W. *Um ensaio sobre o Estado moderno*. Ob. cit. p. 25.

<sup>69</sup> KANT, Immanuel. *Metaphysik der sitten*. Band 42. Der Philosophischen Bibliothek, Verlag von Felix Meiner in Hamburg, 1954, p. 139, *apud* BONAVIDES, Paulo. Ob. Cit. p. 112.

*“manter tanto a filosofia quanto a moralidade como domínios nos quais a razão, e não o costume ou a análise empírica, fosse dominante”<sup>70</sup>.*

A par disso, Kant reconhece a existência de três poderes que, contudo, são decompostos para representar uma vontade geral única, do Estado. Enfim, o poder é uno, porém decomposto em três. Contudo, considera como poder soberano o legislativo, enquanto o poder executivo é exercido de acordo com a lei e o poder judiciário, órgão que reconhece, segundo a lei, o que pertence a quem. Trata-se de um silogismo no qual a premissa maior é o legislativo, o executivo a premissa menor e o judiciário a conclusão. Faz-se a lei, aplica-se a lei e, por fim, confirma-se a lei.

#### 1.4.2. O FIM DO LIBERALISMO CLÁSSICO

Após o intróito do capítulo alhures, que trata da formação e declínio do Estado Liberal primitivo, em vez de seguir direto para a formação do Estado Social, optamos por transpor as doutrinas dos principais pensadores do liberalismo, Locke, Montesquieu e Kant, sem que houvesse a imprescindível necessidade de discorrer sobre um inexorável advento do Estado Social.

Evidente que estamos tratando do fim do liberalismo e implemento do Estado Social que, dadas as devidas reservas e divergências conceituais, distingue-se, avidamente, do Estado Socialista preconizado por Marx. O Estado Social tem em comum com o Socialismo a participação ativa do Estado como organismo central da vida pública que, visando atender aos fins estatais de garantia a direitos fundamentais e inclusão social, organiza e regulamenta setores até então apenas guiados pelas regras de mercado. No entanto, ao contrário do Estado Socialista, o Estado social mantém atividades de índole privatista, liberal. Apenas não deixa as atividades mercantilistas dominarem todas as regras do jogo, importando-se com as implicações da atividade privada. Enfim, o Estado *“estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual”<sup>71</sup>.*

É de se observar, também, que o Estado Social não está atrelado, necessariamente, a um determinado regime político. Trata-se de um Estado com finalidades políticas de inclusão e de

<sup>70</sup> MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*, ob. cit. p. 157.

<sup>71</sup> BONAVIDES, Paulo. Ob. cit. p. 186.

garantias de direitos fundamentais, podendo ser incorporado por qualquer regime. É o que se verifica na história, uma vez que diversos governos, dos mais variados regimes, implantaram severamente políticas próprias de um Estado Social, tais como a Alemanha nazista e a Itália fascista, a Inglaterra de Churchill, os Estados Unidos da América, em certa medida, com Roosevelt, e até mesmo o Brasil após a Revolução de 1930.

Enfim, a ideia do ponto até então foi transpor o subsídio sociológico e filosófico como introdução à narrativa histórica deste capítulo, que antevê a forma do processo civil e sua divisão entre países de *common law* e *civil law*, cuja diferença dogmática é norte de extrema importância para se determinar o campo de atuação do magistrado em cada sistema.

Junto ao tema, no estado contemporâneo, de índole social, ainda que passado por diversas transformações, tem-se que a divisão rígida e estanque do poder não possui mais sustentabilidade plena. Para Bonavides

A separação de poderes é (...) técnica em declínio, sujeita a gradual superação, imposta por requisitos novos de equilíbrio político e acomodação a esquemas constitucionais cujo pensamento já não assenta em razões preponderantes de formalismo na proteção de direitos individuais, conforme o teor clássico de sua elaboração inicial e finalidade precípua do velho liberalismo<sup>72</sup>.

Não somente em razão do declínio da separação de poderes, mas diversos são os motivos para o descrédito do Governo, assim entendido como o destinatário do poder estatal em sua total amplitude, como ente centralizador e fomentador do cumprimento dos fins sociais a que destina o Estado. Enfim, os governos, de um modo geral, sofrem fortes e constantes críticas pela incapacidade de corresponder às expectativas da sociedade.

Frequentemente sugere-se que os “mercados” ou o “setor privado” oferecem soluções a esses problemas, preferíveis programas de governo ou “regulamentação”. Mesmo regimes socialistas ou social-democratas estão hoje relutantes em confiarem inteiramente no governo. Talvez em nenhuma época, nos últimos séculos, o Estado tenha sofrido tão baixa estima<sup>73</sup>.

Sob tal contexto Habermas, herdeiro da Escola de Frankfurt, considera a existência de três esferas no domínio do poder (que nada tem a ver com a divisão deste em executivo,

---

<sup>72</sup> Ob. Cit. p. 65.

<sup>73</sup> MORRIS, Christopher W. *Um ensaio sobre o Estado moderno*. Ob. cit. p. 21.

legislativo e judiciário). A primeira é o (1) *Estado*, que possui o poder administrativo como recurso a ser usado pela administração pública. A segunda esfera é o (2) *Mercado*, composto pela sociedade burguesa, derivativa do Estado liberal, e que possui como recurso de atuação o dinheiro, dentro de um sistema econômico de comércio e distribuição de riquezas. E, por fim, como terceira e nova esfera do mundo globalizado, preconiza o sociólogo sobre a imprescindibilidade da (3) *Sociedade Civil* que, utilizando-se de seu poder comunicativo, a solidariedade, atua dentro de um sistema de redes públicas de comunicação.

Enfim, para Habermas se encontra superada qualquer tentativa de direção da economia por meio de sistemas de controle políticos liderados pela Administração Pública, sufragando a livre iniciativa. Do outro extremo, também vê rechaçada a possibilidade de se atribuir à própria economia e à demanda de mercado a direção da vida política de uma sociedade, enfraquecendo a Administração Pública, como preconiza o neoliberalismo. Ao invés destes dois modelos que predominaram nos últimos séculos,

... ele aposta na interação que, entre outros, também o *médium* do direito pode liderar no combate aos ataques que partem da esfera do dinheiro e do poder político. Habermas confia, não na **sociedade burguesa**, como faz o liberalismo, mas especialmente na **sociedade de cidadãos**<sup>74</sup>.

É bem verdade que este sistema, que recebe o nome de *democracia deliberativa* pelo sociólogo alemão, parte de uma premissa verdadeira talvez na realidade europeia, mas que não pode pura e simplesmente ser importada para a realidade brasileira. Isto porque, para Habermas, a sociedade civil ou de cidadãos se encontra plenamente apta para chegar a um consenso, o que garante com plenitude a legitimidade do pacto social, de modo que o sistema político venha a alcançar tal legitimidade através de autêntica opinião pública. Ocorre que, no contexto brasileiro, esta opinião pública nem sempre é autêntica. Dada a diversidade social e, principalmente, o gritante abismo entre as classes econômicas e, conseqüentemente, educacionais, brasileiras, dificilmente se consegue uma opinião pública uníssona. Mais que isso, nas palavras de Pretto Pereira,

boa parte das decisões políticas tomadas pelos poderes constituídos pode não refletir o sentimento da maioria ou dela decorrerem, não constituindo, tais quais as decisões do Judiciário, um adequado paradigma de democracia representativa. Isso porque a

---

<sup>74</sup> REESE-SCHÄFER, Walter. *Compreender Habermas*. Trad. Vilmar Schneider, Petrópolis: Editora Vozes, 2009, p. 95.

democracia não significa necessariamente governo da maioria, pois a maioria de hoje pode não ser a mesma de amanhã e, diante disso o Judiciário teria o papel de “guardião dessa dinâmica majoritária/contra-majoritária”<sup>75</sup>.

No mesmo sentido, o professor Martin Saphiro diz o seguinte:

O que realmente emerge da análise do Congresso e da Presidência não é o simples retrato de organismos democráticos e majoritários, que dão voz à vontade popular e são responsáveis perante ela, mas antes a complexa estrutura política na qual grupos variados procuram vantagem, manobrando entre vários centros de poder. O que daí resulta não é necessariamente a enunciação da vontade da maioria (...), e sim, frequentemente, o compromisso entre grupos com interesses conflitantes<sup>76</sup>.

Sob uma ótica macroeconômica, Ian Bremmer, presidente da consultoria Eurásia Group e autor do livro *O fim do livre mercado*, analisando a forte ascensão da China e outros países emergentes, como o Brasil, no mercado internacional, defende que o mundo vive hoje no que ele intitula “*capitalismo de Estado*”, sobre o qual “*o Estado domina o mercado principalmente para obter ganhos políticos*”<sup>77</sup>. Ou seja, já apresenta uma perspectiva da democracia deliberativa (ao menos quando se analisam países democráticos, como o nosso) distorcida empiricamente, na qual o Governo estatal manipula sua representatividade, apresentando de forma clara sua finalidade antidemocrática de obter ganhos de natureza política.

Enfim, nem sempre no Brasil a opinião pública decorre da devida informação popular sobre as grandes indagações e, portanto, nem sempre a sociedade civil pode ser bem representada, notadamente ante a imensidão de miseráveis brasileiros que mal tem acesso à comida, quem dirá à informação. A este propósito, nem sequer pode-se falar em autêntica representação popular na casa do povo, mesmo ao tratar do poder constituinte originário de 1987. Indaga-se se a Constituição de 1988, ainda que represente e defenda os bens mais importantes do atual Estado Constitucional de Direito, efetivamente decorreu de uma grande mobilização popular ou se foi fruto de parcelas interessadas da sociedade e um conjunto não sincronizado de oportunistas políticos.

<sup>75</sup> PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. *Jurisdição constitucional na Constituição Federal de 1988: entre ativismo e autocontenção*. Curitiba: Revista Direitos Fundamentais & Democracia (Unibrasil), Vol. 2, 2007, p. 23.

<sup>76</sup> SAPHIRO, Martin. *Freedom of speech: the Supreme Court and judicial review*. Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1966, p. 24, *apud* CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, p. 15.

<sup>77</sup> BREMMER, Ian. *A nova guerra fria*. Revista Exame, São Paulo: Editora Abril, Ano 44, n. 24, Edição 983, de 29.12.2010, pp. 52-53.

Pelo exposto, pode-se concluir do presente capítulo que o Brasil está em franca evolução social, caminhando para a maturidade de sua república representativa, mas com diversos gargalos sociais, como a falta de comunicação e efetiva participação popular, que retardam a maturação da democracia brasileira. De toda sorte, o espaço de crescimento existe, a participação da administração pública de um modo geral, e do judiciário em específico, tem se transformado, buscando uma readequação, com o fim de aproximação da população e, a partir daí, maior participação democrática dos cidadãos.

## 2. JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

Propriamente dita, esta é a parte central do trabalho. Falar nos limites pressupõe falar da atuação e amplitude da atividade judicante. Neste capítulo, portanto, tentaremos trazer os fundamentos necessários para as respostas iniciais.

O ativismo e a judicialização de matérias até então ignoradas pelo Direito como Direito, passam a ser introduzidas no seio do ordenamento jurídico, fazendo com que seu analista (magistrados, advogados etc.) passe a pensar o Direito com conhecimentos políticos, sociais, religiosos e culturais. Do que se viu anteriormente, o Direito passa a se difundir por toda a vida social, como um guardião não apenas da lei, mas também da moral, da ética, da economia.

O positivismo clássico, como é conhecido, pode ter as seguintes características, expostas por Hart:

- (1) o argumento de que as leis são comandos de seres humanos;
- (2) o argumento de que não há ligação necessária entre direito e moral, ou entre o direito como ele é e como deveria ser;
- (3) o argumento de que a análise (ou o estudo do significado) dos conceitos jurídicos é (a) uma busca válida e (b) distinta das indagações históricas sobre as causas ou origens do direito, das indagações sociológicas sobre a relação entre o direito e outros fenômenos sociais, e da crítica ou avaliação do direito, quer em termos de moral, objetivos sociais ou “funções”, quer em outros termos quaisquer;
- (4) o argumento de que um sistema jurídico é um “sistema lógico fechado” no qual as decisões jurídicas corretas podem ser inferidas por meios lógicos, a partir de regras jurídicas predeterminadas sem referência a objetivos sociais, políticas e critérios morais; e
- (5) o argumento de que os juízos morais não podem ser emitidos ou defendidos, como o podem as afirmações de fatos, por meio de argumentação racional, evidência ou prova (“não-cognitivismo” em ética)<sup>78</sup>.

Pelo que se vê, portanto, fatalmente a criação judicial tem trazido ao Direito uma forte mitigação ao positivismo clássico. O Direito possui ligação necessária com a moral, com suas indagações históricas e sociológicas, de modo que a análise destas indagações é imprescindível

---

<sup>78</sup> HART., H. L. A. *Positivism and the separation of law and morals*. Cambridge: Harvard Law Review, 71, *apud* MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*, ob. cit., p. 6.

para a aplicação de uma lei ou uma norma e, especialmente, para a criação de uma norma pela via judicial, abrindo o até então sistema lógico fechado.

E as respostas acima feitas decorrem das indagações que tivemos inicialmente. A julgar pelo histórico sócio-político da República Federativa do Brasil e a constante participação do Poder Judiciário na formação republicana, ora apagada, ora em extrema exposição, como nos dias atuais, cumpre-nos identificar *para que serve a magistratura dentro de um contexto sócio-político no qual se espera não só a mera solução de casos individuais, mas a efetiva participação da magistratura no processo democrático inserto num Estado Constitucional de defesa de direitos fundamentais*. Evidente que é um órgão autônomo que possui a função julgadora, uma das três classicamente compositoras do uno poder republicano (legislar, administrar e julgar). Contudo, substancialmente, observar-se-á que, também a magistratura tem como função atual a criação do Direito, não podendo ser vista apenas como um órgão passivo que se limita a declarar o Direito posto por outra esfera do poder. Nas palavras de Cappelletti:

O juiz, inevitavelmente, reúne em si uma e outra função (*interpretar e criar o Direito*), mesmo no caso (...) em que seja obrigado a aplicar uma lei preexistente. Nem poderia ser de outro modo, pois a interpretação sempre implica um certo grau de discricionariedade e escolha e, portanto, de criatividade, um grau que é particularmente elevado em alguns domínios, como a justiça constitucional e a proteção judiciária de direitos sociais e interesses difusos<sup>79</sup>.

Nossas indagações, portanto, partem da primeira: *qual a função do poder judiciário no atual estágio republicano?* – A partir de então, indagamos se *o magistrado, como órgão garantidor da liberdade, incumbido de evitar a intromissão autoritária do Estado, é um mero expectador do processo, durante seu curso, limitando sua atuação em permitir a igualdade de tratamento às partes, impedindo abusos destas, mas permitindo as deficiências e omissões de cada uma para, ao final, julgar segundo o trabalho destas, comprometido apenas com a verdade formal, ou, em sentido oposto, se deve o magistrado assumir posição ativa no processo, buscando provas, informando às partes de suas deficiências e omissões, preocupando-se, por fim, com a verdade real e com a justiça da decisão?*

---

<sup>79</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, pp. 128-129.

Tais indagações, pelo visto até o momento, possuem respostas já concludentes e esperadas. Porém, tentaremos melhor explorá-las nesta parte do trabalho. Em resumo, a magistratura brasileira, no atual estágio de desenvolvimento democrático, adquiriu importante destaque político, a ponto de ser a palavra final sobre qualquer ato dos demais poderes. A sociedade não espera apenas a aprovação de um projeto de lei ou o início de uma obra administrativa, aguarda o aval da judicatura. Não basta que uma lei seja aprovada e sancionada para ser aplicada com segurança, é preciso que seja reconhecida sua constitucionalidade pela Corte Suprema. Não basta que o governo desaproprie terras improdutivas para inclusão no plano de reforma agrária. É imprescindível a decisão final do STF. Não raros os casos em que o poder executivo municipal, após realizar desapropriação para realização de uma obra, aguarda a decisão judicial sobre aquele ato de poder. E, no caso de inexistência de lei para alguma atuação, não basta fazê-la presumindo-se que o que não é proibido é permitido, é necessário o “alvará judicial”.

Note-se que no atual Estado Constitucional, tudo tem sido levado às cortes judiciais. A mentalidade liberal se encontra altamente mitigada. Talvez por uma retração na atuação do legislativo – e seu descrédito frente à população, como vimos alhures – ou pelos conflitos constantes entre as outras duas casas – o ponto é que a sociedade viu por bem que poderia recorrer ao terceiro componente do poder, até então esquecido, ultrapassado, despreocupado com as causas sociais e despolitizado.

Neste contexto, o judiciário acordou inesperadamente. O inerte foi e é provocado incessantemente, na busca por respostas justas e seguras que possam se tornar o norte de atuação e encaminhamento do Estado a um verdadeiro *status* de país livre e democrático, que defende as minorias e é preocupado com os direitos fundamentais de todos os brasileiros.

Enaltecido como salvador de direitos, o judiciário corre atrás do tempo perdido, buscando se renovar administrativamente, tecnologicamente e humanamente, considerando a reciclagem tanto de magistrados como de servidores. A par disso, busca dar respostas à sociedade dentro da empolgação com que é chamado a tal propósito.

Observa-se que, com a melhor das intenções, no clamor pela justiça social e defesa dos direitos fundamentais, o judiciário passa a fazer o que dantes jamais tinha feito com tanta ostentação e tão pouca sutileza, criar o Direito. Não na concepção filosófica kelseniana de criação do Direito ao caso concreto, com base nas fontes normativas preexistentes

tradicionais, notadamente lei e costume. Passa a criar o Direito com fontes extrajurídicas, com supedâneos sociais, sem lei, sem costume, sem analogia e, muito menos, jurisprudência, utilizando-se dos mesmos fundamentos discricionários que fundamentam os atos administrativos do legislativo, com a alcunha do interesse público.

O judiciário passa a suprir a carência normativa, tornando seu corpo modular uma feição assemelhada ao das cortes estadunidenses, de prática da *common law*. Passa a criar segundo seus próprios conceitos sociais, filosóficos, políticos e econômicos.

Neste ponto surgem alguns entraves, verdadeiros nós no sistema republicano. O judiciário, engajado na função de resolver as carências do Direito e no estabelecimento do Estado Constitucional de defesa dos direitos fundamentais, acaba, por vezes, aos olhos de muitos, extrapolando suas funções e invadindo as funções das outras vertentes do poder, desequilibrando o sistema republicano. A segurança que pretende garantir transforma-se em insegurança, em conflitos inesperados e insolúveis.

Portanto, essa é a terceira indagação: *Tem mesmo o poder judiciário extrapolado suas funções estatais, invadindo as esferas de atuação do legislativo e do executivo e, se sim, essa extrapolação é necessária, dentro do sistema de pesos e contrapesos, como forma provisória de compensar a carência das demais esferas de poder, ou se cria um efetivo, desnecessário e agressivo desequilíbrio na distribuição harmônica do poder?*

Como consequência das indagações anteriores, nos aparece a última sequência de indagações. *Quais são os limites?* Dentro dessa pergunta nos questionamos se os limites da atuação judicial estão contidas em algum corpo normativo ou se eles próprios devem surgir de uma criação judicial, o que parece paradoxal, mas pode ser uma alternativa necessária e, por fim, se existem os limites, decorrentes do ordenamento jurídico ou não, quais são eles?

Como decorrência, *o silogismo tradicional da lei como premissa maior e o fato como premissa menor ainda se encontra rigorosamente aplicável como técnica segura para se julgar? Se não, inexistente alguma fórmula segura para que se exerça tecnicamente a função jurisdicional criadora sem o cometimento de abusos ou há necessidade do estabelecimento de um algoritmo ou uma fórmula de segurança adequado às novas necessidades judiciais?*

A essas indagações, buscaremos respostas nas linhas que seguem.

## 2.1. CRISE NO PODER LEGISLATIVO E NA LEGISLAÇÃO

Muito se fala atualmente sobre a crise no poder legislativo. Seu descrédito popular é um dos motes que levam à falência da legitimidade da classe congressista frente à população brasileira. A descoberta diária de casos de corrupção e desvio do erário a cofres particulares de quem detém o poder é um dos principais pontos de ataque e conseqüente enfraquecimento da casa do povo. A par disso, as constantes e rápidas transformações da sociedade crescente e massificada geram uma necessidade de atualização do Direito, cujo sistema de produção legislativa existente fatalmente não dá conta dentro do esperado. Por fim, em vista de ambos, notadamente deste último, tem o próprio legislativo, com bastante força desde os anos 90, conferido ao judiciário imenso poder de interpretação e aplicação do Direito, através de técnica de criação de leis genéricas, com cláusulas gerais, conceitos indeterminados ou meras diretrizes para o aplicador e, por que não, criador do Direito.

É de se notar, em especial, que a iniciativa do *welfare state* levou o Estado a repensar seu compromisso social, buscando abarcar uma teia maior de assistência a todos os campos de origem não econômica, algo que abarrotou não apenas a atuação do executivo como, precipuamente, do legislativo, acarretando aquilo a que Cappelletti se refere como um *overload* ou obstrução da função legislativa, justificando nas seguintes palavras:

Nesses estados, os parlamentos amiúde são excessivamente abundantes e por demais empenhados em questões e discussões de política geral e partidária, para estarem em condições de responder, com a rapidez necessária, à demanda desmedidamente aumentada de legislação. Paradoxalmente, os parlamentos “atribuíram-se tarefas tão numerosas e diversas” que, para evitar a paralisia, encontraram-se ante a necessidade “de transferir a outrem grande parte da sua atividade, de maneira que suas ambições terminaram em abdicação”. E esses “outros” a quem a atividade foi transferida são principalmente, “o executivo e os seus órgãos e derivados”, com toda uma série de entidades e agências, a que foram confiadas tarefas normativas e administrativas<sup>80</sup>.

Tais argumentos, com a própria e natural evolução social, dão ensejo a uma mitigação do clássico positivismo jurídico, tornando o magistrado mais atento às necessidades sociais, políticas e morais que antes eram observadas estritamente pela casa legislativa.

---

<sup>80</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Ob. cit., p. 43.

Nas palavras de Judith Martins-Costa:

“(…)o legislador reconhece que é impotente para apreender, previamente, a totalidade das situações de vida merecedoras de tutela jurídica. Por isto, em determinadas situações, notadamente aquelas em que os padrões sociais não estão firmemente assentados, ou não podem ser assentados senão de forma provisória, como ocorre com os padrões técnicos e científicos, limita-se o legislador a conferir, mediante o modelo aberto, uma espécie de ‘mandado’ para que o juiz possa, progressivamente, e à vista da alteração nos paradigmas sociais, culturais, científicos, éticos, (*sic*) etc, regular os casos concretos, criando, complementando ou desenvolvendo aquelas normas postas como ‘programas’, isto é, indicações de fins a perseguir ou de valores a garantir.”<sup>81</sup>

E, como ressalta Facchini Neto

Nos idos do liberalismo, a codificação era esperada como solução de tutela para a propriedade, relações contratuais, família, direito comercial e criminal, tudo de acordo com a corrente liberal burguesa. Tal permitia a manutenção de uma unidade do sistema. A questão é que o Estado deixou de ser um “Estado-monolito” da era napoleônica, onde o governo tinha o monopólio exclusivo da defesa dos interesses públicos<sup>82</sup>.

Como dito alhures, a sociedade se transformou, os sujeitos sociais se multiplicaram, a defesa dos interesses públicos também se destinou aos particulares, havendo um típico pluralismo institucional. Neste compasso, a atividade estatal acabou tendo como fim a pacificação e composição de interesses divergentes, em vez da histórica realização de uma vontade central. O poder público teve sua autoridade mitigada, atuando mais como mediador do que como quem impõe.

É certo, de toda sorte, que até mesmo nos idos do liberalismo extremo, o poder legislativo já demonstrava sinais de falência. Em que pese as pretensões liberais, em relação à legislação, exigissem que o ordenamento jurídico, estritamente legal, fosse *completo, claro e coerente*, tal ideologia – repita-se, em relação à legislação – jamais passou de um engodo, uma utopia jamais alcançada. Inevitavelmente, o corpo legislativo sempre foi *lacunoso, ambíguo e incoerente*.

Nas palavras de Luis Roberto Barroso

<sup>81</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Bioética e Dignidade da Pessoa Humana: Rumo à Construção do Biodireito*, in: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 18, 2000, p. 156, nota de rodapé n. 9.

<sup>82</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. Ob. Cit. p. 11.

Conceitualmente, jamais foi possível a transposição totalmente satisfatória dos métodos das ciências naturais para a área de humanidades. O Direito, ao contrário de outros domínios, não tem nem pode ter uma postura puramente descritiva da realidade, voltada para relatar o que existe. Cabe-lhe prescrever um *dever-ser* e fazê-lo valer nas situações concretas. O Direito tem a pretensão de atuar sobre a realidade, conformando-a e transformando-a. Ele não é um *dado*, mas uma *criação*. A relação entre o sujeito do conhecimento e seu objeto de estudo – isto é, entre o intérprete, a norma e a realidade – é tensa e intensa. O ideal positivista de objetividade e neutralidade é insuscetível de se realizar<sup>83</sup>.

Enfim, por mais que pretendesse o positivismo jurídico, o Direito não é e não tem com ser um sistema lógico fechado que não busca referências em objetivos sociais, em políticas ou em critérios morais.

E para tanto, basta um mínimo de evolução social. Havendo sociedade com interesses conflitantes a ponto de se ter de criar um Estado de Direito, tal situação já é suficiente para se ter um corpo de regras limitado e inoperante como fator único de produção normativa. Um corpo de regras sempre será *lacunoso*, porquanto a sociedade sempre está criando novas necessidades. Assim, sempre haverá um “*delay normativo*”, às vezes custoso para a sociedade que, todavia, mantém as mãos atadas até que o legislativo supra o atraso. O ordenamento será sempre *ambíguo*. Na melhor das hipóteses, a ambiguidade decorrerá apenas da multiplicidade de significados de linguagem. Extrair significação linguística única de todo um corpo normativo é algo praticamente impossível. E, por fim, a *incoerência*. Constantemente existirão as antinomias que, desde sempre, foram supridas pelo poder Judiciário, responsável por podar as arestas e desatar os nós do sistema normativo.

Ou seja, desde o liberalismo clássico, por mais que se tivesse o ímpeto de atar os poderes interpretativo, integrativo e criador do judiciário, eles sempre foram a essência da atividade judicante, ainda que em grau reduzido, atuando como verdadeira vedação das falhas do sistema legal, quando este fora o norte do Direito. No positivismo, trabalha-se com regras prontas, já produzidas com a devida carga moral e de justiça fornecida na própria atividade legislativa. Isto fatalmente garantiu imenso poder do legislativo e limitações ao judiciário, dentro do próprio fim do Estado liberal clássico, com a almejada representatividade popular pelo Congresso.

---

<sup>83</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 241.

É de se notar que a crise na atividade legislativa não é exclusividade brasileira. Tem sido um consenso entre as nações contemporâneas ocidentais a insuficiência desta função central do organismo democrático estatal. Essa assertiva já era enfatizada por Cappelletti, como relator geral de determinado seminário sobre “Novas perspectivas para um Direito comum europeu”, realizado em Florença, que concluía dizendo que “*deriva disso que um maior ativismo judicial – isto é, a criação ou adaptação do direito através do juiz – é uma característica comum a todos os países ocidentais*”<sup>84</sup>

A crise legislativa acaba por tornar a lei, até então fonte máxima do Direito, num mero instrumento legitimador de políticas públicas ou, ainda, adequação de determinadas conveniências parciais ou, enfim, um fruto de acordos setoriais<sup>85</sup>. Como não consegue a legislação compor todo o ordenamento jurídico e, menos que isso, sequer parte substancial ou integrante da espinha dorsal deste ordenamento, acaba por defender classes dominantes ou que ainda possuem força nas casas legislativas. São as mesmas classes que elaboravam todo o corpo normativo da época do Estado unitário e centralizado.

Para Comparato:

“Na estrutura do Estado Dirigente, a lei perde a sua majestade de expressão por excelência da soberania popular, para se tornar mero instrumento de governo. A grande maioria das leis insere-se, hoje, no quadro de políticas governamentais, e têm por função não mais a declaração de direitos e deveres em situações jurídicas permanentes, mas a solução de questões de conjuntura, ou então o direcionamento, por meio de incentivos ou desincentivos, das atividades privadas, sobretudo no âmbito empresarial, ou ainda a regulação de procedimentos no campo administrativo. A tendência geral, de resto, em todos os países, vai no sentido do alargamento da competência normativa do governo, não só na instância central, através de decretos-leis ou medidas provisórias, mas também no plano inferior das chamadas organizações administrativas autônomas, de que são modelo consagrado as *independent regulatory commissions* dos Estados Unidos”.<sup>86</sup>

---

<sup>84</sup> CAPPELLETTI, Mauro (org.). *New perspectives for a common law of Europe*. “Introduction”. Firenze: Le Monnier, 1978, p. 16, *apud* FACCHINI NETO, Eugênio. *O judiciário no mundo contemporâneo*. Palestra proferida à Escola Judicial do TRT do Espírito Santo em 18.06.2010, disponível em: [www.trtes.jus.br/escolajudicial](http://www.trtes.jus.br/escolajudicial), acesso em 21.06.2010.

<sup>85</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. *Ob. Cit.*, p. 9.

<sup>86</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 737, 1997, pp. 11-22, p. 19.

Este enfraquecimento traz, fatalmente, algumas tensões na divisão republicana. A *primeira*, do próprio *descompasso do avanço social e a produção legislativa*. Este desvio de fase, esta defasagem traz incoerências ao ordenamento jurídico, incoerências que levam à insegurança e *descrédito da autoridade pública*.

A partir disto tem-se a *segunda* tensão. Mostrando-se o legislador (representante do povo) cada vez menos soberano, segundo Facchini, *aumentam-se os sujeitos hábeis a interpretar as leis*. Além de magistrados, também administradores de todos os ramos e sub-ramos da estrutura administrativa federal, estadual e municipal, além das diversas instituições públicas de toda ordem. Esta multiplicidade de interpretações tende a ter como resultado, em grande medida, a demonstração de poder “*extra*” e “*contra legem*”. Portanto, da crise legislativa, obtém-se uma *crise de autoridade do Estado*.

Por fim, dada a mitigada importância da lei e a existência de diversas outras fontes do Direito, inclusive extrajurídicas, há uma *última tensão* que se resume na *dificuldade de identificação das fontes*. Uma *crise de fontes do direito*. É difícil estabelecer um padrão necessário de fontes que levam à criação do Direito. O disposto no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil<sup>87</sup> há tempos não mais se aplica em sua intensa simplicidade. Há de se ponderar a seu respeito. Acreditamos que o estabelecimento de um algoritmo, ainda que mais complexo que a singela regra da LICC, pode ser imprescindível para se verificar quais os limites, as barreiras justas que impedem o magistrado de sair de seu caminho, permitindo-lhe estabelecer todo o grau de amplitude de sua atuação.

Por todo exposto é certo que a legislação é *lacunosa, ambígua, incoerente*, enfim, *injusta*. O Direito jamais. E, independentemente das fontes normativas usadas a cada tempo, é importante que em um Estado de Direito – e não a legislação – seja sempre *coeso, completo e claro*. Para tanto, a aplicação do Direito só tem lugar na atuação judicante.

Enfim, jamais se obtém uma coesão do Direito através de leis. Estas, como vimos, formam um complexo legislativo lacunoso, ambíguo e incoerente. E as demais fontes também. Os princípios sempre foram ambíguos entre si. É trivial em seu estudo a ideia de sobreposição de um sobre outro na solução de determinado caso concreto. Fontes extrajurídicas, *v.g.* de ordem econômica, sociológica, política e filosófica, também não possuem uma unidade de coesão

---

<sup>87</sup> Art. 4º - *Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.*

bem delimitada, mormente quando, em um caso concreto, se esbarra no conflito entre duas ou mais fontes extrajurídicas e/ou princípios. Exemplificativamente, no habitual conflito “capital *versus* trabalho” existente no Direito juslaboralista, ou ainda interesses sociais do trabalhador *versus* interesses sociais da criança e do adolescente, em demanda de empregado em face de instituição de apoio à criança carente<sup>88</sup>.

É certo, pois, que toda a conclusão do Direito recai na aplicação da decisão judicial. Contudo, não raro, dada a diversidade de cortes e inúmeros juízes monocráticos espalhados por toda a estrutura judicial brasileira, a divergência de decisões, como a legislação, traz ao Direito efeitos desta última, como a incoerência e ambiguidade.

Essa incoerência e ambiguidade, no entanto, não pode representar, como assim se faz *prima facie*, um problema genealógico do sistema jurídico, como assim consideramos ao tratar do poder legislativo. A aparente incoerência e ambigüidade das sentenças (enfim, do Direito e não da lei), decorre primeiramente da diversidade de casos concretos. Uma pequena diferença de um caso para outro pode trazer uma conclusão diametralmente oposta. Casos iguais tendem a decisões semelhantes, casos semelhantes não tendem necessariamente a decisões semelhantes. Isso porque o Direito, como diz Wayne Morrison,

“não é um fenômeno estável ou essencialmente transitório, mas sim fenômenos empíricos diferentemente constituídos em contextos sociohistóricos variáveis. Não se trata apenas da questão de que o fato de fazer perguntas diferentes leva a respostas desiguais, mas de que uma variedade de perspectivas pode ser uma consequência da diversidade e variação inerentes ao material de pesquisa básico”.<sup>89</sup>

Enfim, uma sutil diferença fática pode criar uma exacerbada diferença jurídica.

Noutra verve, a diferença de posicionamento de cada magistrado, antes de representar um entrave ao sistema jurídico, representa a democracia. Um corpo de magistrados não mais oriundo de uma mesma classe dominante, mas de diversos nichos sociais, traz ao Poder Judiciário o que mais se preza no Estado massificado democrático, o respeito à diversidade. A

---

<sup>88</sup> Exemplificativamente, na lide trabalhista de nº 0053800-74.2010.5.17.0007, onde a autora, recrutada para prestar serviços à entidade filantrópica de apoio à criança carente como voluntária, busca o reconhecimento de vínculo empregatício. Na presente sentença, em que pese as regras legislativas e princípios gerais do Direito do Trabalho, também foram observados princípios de cunho sociológico que extrapolam os limites deste ramo jurídico, sopesando princípios antagônicos. Disponível em [www.trtes.jus.br](http://www.trtes.jus.br), acesso em: 30.06.2010.

<sup>89</sup> MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*. Trad. CAMARGO, Jefferson Luiz. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 5-6.

diversidade de opiniões dentro do órgão julgante traz toda discussão democrática a quem dita o Direito. Enaltece-se, com isso, o jurisdicionado e o Estado Constitucional de defesa das minorias e dos princípios fundamentais.

Mais a mais, a incoerência severa se dá nos primeiros graus de jurisdição, sendo certo que a tendência, no curso processual, é a unidade, quando as discussões são definidas nas cortes superiores. O sistema recursal, portanto, é o responsável pela garantia da segurança jurídica. Por tal aspecto, a diversidade monocrática é imprescindível à discussão democrática e evolução social do judiciário. As divergências são levadas à discussão nas cortes superiores que, em vista do que é decidido e criado na origem, evoluem, alteram posicionamentos, *pacificam a mudança*, cumprindo seu papel frente à exigente e renovadora sociedade pluralista.

## 2.2. JUDICIALIZAÇÃO DA VIDA

Como visto no tópico anterior, a busca por respostas pacificadoras aos problemas da sociedade massificada encontrou abrigo no judiciário, notadamente diante das grandes e novas questões que, fatalmente, foram imprevisíveis aos olhos do legislador. Enfim, grandes questões têm sido objeto de discussão nas casas judicantes, notadamente no Supremo Tribunal Federal, com o acompanhamento severo e crítico da população em geral, o que tem exigido dos julgadores uma análise profunda e cautelosa de cada tema.

Nas palavras de Barroso, “*Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário*”<sup>90</sup>, ou seja, questões de ordem extrajurídica (sociais, econômicas, éticas, religiosas etc.) que surgem na sociedade contemporânea sem a imediata, preexistente e efetiva resposta jurídico-estatal, através de lei, têm sido apreciadas pelo Estado, dentro da ramificação judiciária, sob a ótica jurídica.

Com esse trabalho de conhecimento não está o Estado, em sua feição judiciária, buscando impor conceitos meramente jurídicos ao trato de questões extrajurídicas. Ao contrário, o judiciário acaba por buscar fundamentos também extrajurídicos para decidir uma questão. O

---

<sup>90</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Revista Atualidades Jurídicas, Ed. Nº 4, jan/fev-2009, Brasília: OAB Editora, 2009, p. 3.

juiz deixa de lado o *vade mecum* e busca as fontes onde elas realmente se encontram, junto aos problemas, adequando-as aos princípios que regem o Estado, adequando-as ao Direito posto, mas não um Direito imposto por meio de lei, e sim um Direito tido como multifacetário, aberto e multidisciplinar.

O bem da vida, portanto, mantém-se no seu estado originário. Se é um bem social, continua sendo social, não abstratamente considerado, como assim se faz quando se tem a lei como única fonte. O Direito se abre para todos os fatores que envolvem a sociedade, albergando-a por completo, sempre que chamado para dar suporte. É um caminho diverso daquele do Estado liberal, onde só estava “judicializado” ou albergado pelo Direito, aquele bem tutelado pela lei, criada abstratamente, sob a perspectiva da possibilidade de surgimento e existência do referido bem.

É um meio mais adequado, como visto, ao Estado multifacetário atual, pois imprime uma resposta mais rápida e precisa aos anseios da nação. Contudo, é certo, tal mudança de concepção do Direito gera uma mudança paradigmática na clássica tripartição de poder, cria uma vertente nova, carente de adaptação. Segundo Barroso, “*a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade*”<sup>91</sup>. Segundo este autor, três são as grandes causas da judicialização: a *redemocratização do país, a constitucionalização abrangente e o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade*.

A *redemocratização*, como visto acima, decorre do início desta nova república, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988. As mudanças a partir de então, são extensas, profundas e afetas a todos, algo que não convém discorrer no presente trabalho, senão, sobretudo, a respeito da recuperação das garantias da magistratura.

Com efeito, com o advento da nova Constituição, a magistratura deixou de ser um órgão tão somente técnico-especializado. Em que pese ainda os órgãos do judiciário primarem pela atividade técnica (imprescindível), o foco político invadiu suas entranhas fortemente. O Judiciário passou a se equiparar às demais casas em grau de importância não apenas institucional, mas política. A reposição da democracia, pós-regime militar, reativou o nível de consciência e informação da população (da ideia de Habermas), trazendo-lha mais acesso ao

---

<sup>91</sup> Idem, p. 3.

judiciário, o que implicou a renovação do quadro do Supremo Tribunal Federal, antes composto praticamente por Ministros advindos do governo bélico. O implemento do Ministério Público, não mais mero defensor dos interesses “pessoais” da União, mas defensor dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, também levou ao Judiciário a incessante provocação para solucionar questões até então devolvidas à administração executiva ou à representação popular perante a casa do povo. Afora isso, também se pode citar o fortalecimento das Defensorias Públicas, que a par da atividade do Ministério Público, trouxe aos cidadãos mais necessitados o acesso aos tribunais, garantindo-lhes a dignidade e o estreito laço que os unem, como cidadãos, aos seus representantes.

A *constitucionalização do Direito* trouxe à Constituição matérias dantes deixadas para o ordenamento legislativo ordinário. Como analítica que é, examina e regulamenta “*todos os assuntos que entendam relevantes à formação, destinação e funcionamento do Estado*”<sup>92</sup>. E, considerando que a *formação* do atual Estado é composta por múltiplos setores, *destinado* à defesa destes todos e dos direitos fundamentais para seu *funcionamento*, há necessidade de correta observação de seus fins, acabando a Constituição por ser ampla, garantindo a judicialização de todas as questões presentes no seio da sociedade.

Este fenômeno da *constitucionalização do Direito* diz respeito, portanto, ao efeito expansivo das normas de ordem constitucional, cujos deslindes acabam se irradiando por todo o sistema jurídico com nítidos efeitos normativos. Enfim,

Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. (...)

Relativamente ao *Legislativo*, a constitucionalização (i) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e (ii) impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. No tocante à *Administração Pública*, além de igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor-lhe deveres de atuação, ainda (iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao *Poder Judiciário*, (i) serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por

<sup>92</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 15ª Ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 42.

ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem como (ii) condiciona a interpretação de todas as normas do sistema.<sup>93</sup>

Enfim, dada essa imensidão de matérias, nada mais fez a Constituição que transformar a Política em Direito. Na medida em que um bem da vida, individual ou coletivo, carece, para sua manutenção, de uma prestação estatal ou o cumprimento de finalidades sociais, ainda que por obrigação a um ente particular, ele se transforma em um bem jurídico que, por sua vez, pode ser garantido por meio de ação judicial. Como bem salienta Dworkin,

Vivemos no direito e segundo o direito. Ele faz de nós o que somos: cidadãos, empregados, médicos, cônjuges e proprietários. É espada, escudo e ameaça, lutamos por nosso salário, recusamo-nos a pagar o aluguel, somos obrigados a pagar nossas multas ou mandados para a cadeia, tudo em nome do que foi estabelecido por nosso soberano abstrato e etéreo, o direito. E discutimos os seus decretos, mesmo quando os livros que supostamente registram suas instruções e determinações nada dizem; agimos, então, como se o direito apenas houvesse sussurrado sua ordem, muito baixinho para ser ouvida com nitidez. Somos súditos do império do direito, vassalos de seus métodos e ideais, subjugados em espírito enquanto discutimos o que devemos portanto fazer<sup>94</sup>.

A terceira causa assinalada por Barroso é o *sistema brasileiro de controle de constitucionalidade*. É um sistema abrangente que combina os modelos americano e europeu, difuso e concentrado. Tanto o Supremo Tribunal Federal pode reconhecer a inconstitucionalidade de lei ou ato (ou sua não recepção), de forma genérica e abstrata, com efeito *erga omnes*, como qualquer magistrado, monocrático ou em turmas, pode reconhecer a inconstitucionalidade de lei ou ato incidentalmente, afastando sua aplicação em determinado caso concreto. Ademais, a Constituição institui rol bastante extenso de entidades que podem ajuizar ações diretas para aquele controle concentrado (ADIn, ADC e ADPF). Tudo isso representa um amplo acesso de discussão sobre a constitucionalidade das leis e, por sua vez, amplia os poderes da magistratura.

E a magistratura vem fazendo frente a esse novo *status*. Nos últimos anos o STF tem decidido diversos *hard cases* envolvendo questões de políticas públicas, limites à liberdade individual, relações entre poderes etc.

<sup>93</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, pp. 351-352.

<sup>94</sup> DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1986, *apud* MORRISON, Wayne, *ob cit.*, p. 11.

### 2.3. ATIVISMO JUDICIAL

Como pode se concluir do tópico acima, o ativismo judicial caminha em conjunto com a judicialização. Um é diretamente proporcional ao outro. Judicialização é um fato decorrente dos aspectos políticos e sociais atuais de determinada sociedade. Dada a crise no legislativo e no ordenamento legal, sobressai-se a atividade jurisdicional. Os fatos passam a ser respaldados pelo Direito através da pronúncia judicial em vez da edição de lei. Assim, aumentada a atividade jurisdicional, o ativismo vira sua consequência inevitável.

Para Luis Roberto Barroso, ativismo judicial

é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva<sup>95</sup>.

Enfim, a ideia de ativismo judicial está ligada à atuação participativa e cooperativa do poder judiciário frente aos novos horizontes estatais delineados pela Constituição de 1988. Trata-se de uma imersão do judiciário à vida política nacional como efetivo integrante do poder, que também traz como fim a representação e legitimação populares, se não pelo voto direito, pela atuação dentro dos limites e anseios constitucionais.

É de se observar que o ativismo judicial invade as cortes brasileiras como decorrência do próprio Direito Constitucional posto, de inspiração estadunidense. Uma Constituição como a de 1988 que permite ao magistrado julgar com ampla liberdade, notadamente pela cláusula aberta permissiva, disposta no artigo 5º, XXXV, traz à magistratura forte lastro de autoridade pacificadora.

Várias são as correntes analisadas que servem de supedâneo fático para esse fenômeno da judicialização da vida. Uma primeira corrente, de origem macroeconômica, diz que o fortalecimento da autoridade dos tribunais decorre de imediata consequência do crescimento do sistema mercantil. Enfim, para investidores, notadamente externos, considerando a

---

<sup>95</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Ob. Cit., p. 6.

instabilidade política de países como o Brasil, a segurança jurídica garantida pelo Judiciário, técnico e desprendido de apelos populares “populistas”, dá maior confiança no mercado interno, atraindo investimentos e, portanto, sustentabilidade econômica.

Uma segunda corrente, como já até dito antes, traz como motivo a própria retração do sistema representativo. A nítida incapacidade do legislativo de corresponder aos anseios da sociedade massificada chama o judiciário para auxiliar nessa tarefa. Se cabe ao judiciário atar as arestas do ordenamento legal, se o legislativo não consegue sequer compor um ordenamento orgânico completo, nada impede que o judiciário o faça, incumbindo-se não só de estancar as infiltrações, mas de construir toda a estrutura do sistema jurídico. Enfim, o que parece ser a solução para o sistema do Direito acaba por poder criar certo desequilíbrio no princípio republicano. Se há crise no legislativo é possível o surgimento de crise na própria democracia.

É de se notar que o próprio constituinte originário já atuava com desconfiança do legislador ordinário, razão esta para uma Constituição rígida e abrangente, com rigoroso processo legislativo, especialmente de reforma constitucional. Aliado a isso, dispôs à magistratura importante função de guarda dos princípios fundamentais. Ou seja, a representação popular, diga-se, a democracia, foi sutilmente mitigada na Constituição, retirando autoridade ilimitada do sistema representativo e conferindo-a ao poder técnico, não eleito. Enfim, segundo a Constituição Federal, o juiz deixou de ser um mero legislador negativo (da escola de Kelsen), para se tornar um legislador positivo, tudo sob a égide constitucional. Sob este aspecto, trataremos em tópico abaixo, da necessidade de o judiciário legitimar sua atuação perante a soberania popular, sem que resulte abuso de autoridade judicante.

Enfim, essa postura ativista do judiciário se manifesta por meio de diferentes condutas. Segundo Barroso, dentre elas:

- (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto, independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas<sup>96</sup>.

---

<sup>96</sup> Ibidem, p. 6.

A aplicação direta da Constituição tem se tornado atividade corriqueira como técnica criadora do Direito. Mesmo utilizando-se do silogismo tradicional, o magistrado de hoje, não raro, antevê o Direito garantido constitucionalmente para a análise do fato posto em juízo, preocupando-se supletivamente com a existência ou não de lei infraconstitucional que trate do assunto. Evidente que este trabalho tem se privilegiado da característica analítica de nossa Constituição Federal. No âmago de se arrolar todos os direitos a serem garantidos pelo atual estágio republicano, diversas normas antes vistas apenas em norma infraconstitucional alçaram à categoria mor, tornando prescindível a apreciação de lei recebida no ordenamento desde 1988. Exemplificativamente, um juiz do trabalho, ao apreciar um pedido de horas, extras não precisa da CLT para aceitar que o limite diário de labor é oito horas e que a sobrejornada deve ser remunerada com adicional de 50%, pois tais especificidades encontram respaldo claro nos incisos XIII e XVI do artigo 7º da Constituição.

Contudo, tem-se observado que o intérprete e criador tem avançado. Não se limita a aplicar a Constituição diretamente apenas quando se tem a devida normatização constitucional de determinado assunto de forma clara e específica. Vai além. Ainda que não tenha a Constituição “positivado” determinado bem da vida, o julgador procura criar o Direito com base nos delineamentos constitucionais. Não fosse o caráter eminentemente científico da criação do Direito, diríamos que o julgador, no momento criador, “suporia” que “se a Constituição tratasse de determinado assunto, o faria da forma como julgo”. Este ponto é bastante crítico. O julgador deve apreciar o tema de acordo com os fins expostos na Constituição, devendo fundamentar esta “suposição” com base nos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, para não cair em descrédito e cometimento de abusos. Este será o objeto de análise que faremos em breve.

No tocante à declaração de inconstitucionalidade, é bem verdade que o poder difuso permite ao magistrado reconhecer a invalidade da lei infra quanto à sua aplicação no caso concreto. Deste modo, evidente que os critérios a serem adotados na decisão mostrar-se-ão diversos daqueles utilizados em uma sentença de ação declaratória (poder concentrado). De toda a sorte, a apreciação da inconstitucionalidade é consectário da aplicação direta da Constituição. O raciocínio do julgador partirá da aplicação direta da Constituição à consequente declaração de inconstitucionalidade de matéria que trate do mesmo tema, porém de modo diverso. Ou seja, se o juiz aplicar a Constituição diretamente, a existência de lei ou ato infraconstitucional em sentido diverso fatalmente será considerado inconstitucional, independentemente da

apreciação dos critérios rígidos a respeito da violação ostensiva da Constituição, a serem adotados em decisões de ações diretas. É algo como “se a Constituição tem esse sentido, posso ignorar a lei infraconstitucional sobre o tema” ou, como na técnica de elaboração legislativa, o eterno dispositivo final que diz: “revogam-se todas as disposições em sentido contrário”.

Por fim, a imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público, notadamente em políticas públicas, é algo que vem atormentando as diversas categorias de poder. Trata-se de nítida substituição de legitimidade executiva para o exercício do poder. O judiciário se subsume no direito do executivo de implementar políticas públicas, alterando as diretrizes elaboradas por este, considerando estar aplicando direcionamentos constitucionais que antes estavam sendo violados pelo administrador público.

É bem verdade que para a atuação legítima do judiciário através dessa ingerência nas políticas públicas de legitimidade típica do poder executivo, deve-se demonstrar ostensiva violação a direitos fundamentais. Não basta que o julgador tenha uma visão administrativa diversa da do administrador, talvez por questões ideológicas ou econômicas, para ir ao encontro de programas implementados pelo administrador. O judiciário atua supletivamente e somente no caso de violação grave de direitos. Afora isso, qualquer ingerência do poder judiciário se mostra como abuso de um poder, levando ao desequilíbrio do sistema republicano.

Portanto, é importante se ter em mente que o ativismo judicial não é, por si só, mecanismo importante de garantias constitucionais. Como ocorreu nos Estados Unidos da América, historicamente o ativismo era utilizado como amparo aos setores reacionários da sociedade, como aquele que tendia ao mantimento da segregação racial. No próprio Brasil-Colônia, como vimos no capítulo anterior, era comum se “interpretar” a lei como forma de manter os interesses da classe dominante. Acreditamos, contudo, que o fato de a Constituição Federal brasileira, por ter seus fins bem delineados e característica rígida, diversa da Constituição estadunidense, permite que se saiba com maior precisão qual o caminho a ser seguido pelos órgãos julgadores, mostrando-se sobremaneira ostensivos eventuais abusos.

### 2.3.1. CLÁUSULA ABERTA DO CONTROLE JUDICIAL

Diz o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal: “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direto*”. A doutrina tradicional, ainda atrelada à visão liberal e privatística de que o direito emana da lei, esta como fonte primária exclusiva, como premissa da *inafastabilidade da jurisdição*, reporta-se, pelo referido inciso XXXV, ao princípio da *legalidade*. Nas palavras de Celso Bastos,

o princípio da legalidade garante o particular contra os possíveis desmandos do Executivo e do próprio Judiciário. Instaura-se, em consequência, uma mecânica entre os Poderes do Estado, da qual resulta ser lícito apenas a um deles, qual seja, o Legislativo, obrigar os particulares.<sup>97</sup>

Contudo, o sentido do inciso XXXV, do quinto artigo da Constituição Federal, possui alcance mais abrangente, não se limitando à singela vontade da lei. Considerando o atual estágio de configuração do Estado, de índole constitucional e participativa, com inspirações oriundas da *common law*, não se pode esperar a atuação do Poder Judiciário apenas no estrito cumprimento de leis elaboradas pelo Legislativo, como se o ordenamento legal abarcasse todas as possíveis situações da vida, tendo este como premissa maior, devida e harmoniosamente preestabelecida. No atual estágio, estamos diante de uma Constituição de princípios, estes como norma primária, pareados com as regras constitucionais, e acima da legislação infraconstitucional, com o escopo de garantir indenos os direitos fundamentais. Para Zaneti, a disposição em destaque chama-se *cláusula aberta de controle judicial*

por tratar-se de norma que não contem uma determinação específica de suporte fático nem uma consequência jurídica expressamente prevista no texto, portanto voltada à consecução dos objetivos de controle de poder no Estado Democrático de Direito<sup>98</sup>.

---

<sup>97</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19ª edição, São Paulo: Saraiva, 1998, p. 186. É bem verdade que a justificativa apresentada pelo nobre constitucionalista era a mais alta e atual expressão do momento de sua publicação, especialmente se considerar que à época já estava em sua 19ª edição. O estudo balizado à época se mostrava importante especialmente no direito brasileiro, cuja sociedade recém saíra de ditadura militar e presente uma carência democrática. Nesse sentido, descreve Bastos a respeito do princípio da legalidade: “*A sua significação é dúplice. De um lado representa o marco avançado do Estado de Direito, que procura jugular os comportamentos, quer individuais, quer dos órgãos estatais, às normas jurídicas das quais as leis são a suprema expressão. Nesse sentido, o princípio da legalidade é de transcendental importância para vincar as distinções entre o Estado constitucional e o absolutista, este último de antes da Revolução Francesa. Aqui havia lugar para o arbítrio. Com o primado da lei cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor do poder em benefício da lei, que se presume ser a expressão da vontade coletiva*” (p. 186).

<sup>98</sup> ZANETI JUNIOR, Hermes. Ob. cit. p. 40.

Deste modo, não basta a singela aplicação da lei ao caso concreto, devendo-se mitigar a máxima “*narra mihi factum dabo tibi jus*”. Há muito mais do que isso, uma real possibilidade de se efetivar os valores constitucionais em qualquer situação conflituosa, mesmo que não haja “Direito” (lei) a ser tomado como premissa maior. E neste caso, é o Poder Judiciário, e não o Legislativo, quem “cria” o direito<sup>99</sup>. É o conceito do *judge-made law*.

Necessária, pois, a ideia de que Direito não corresponde somente à lei, mas a todo rol de garantias estatais ao cidadão, individual ou coletivamente considerado, fundadas nos princípios que garantem a própria existência do Estado Democrático de Direito e que se exteriorizam apenas diante de um caso concreto.

Neste aspecto, a inafastabilidade da jurisdição, prevista no artigo XXXV, não se limita apenas ao princípio da legalidade, em sentido estrito. Ou seja, não pode o Judiciário se abster de cumprir com seu papel sob a alegação de inexistir regra disciplinadora de determinada matéria. A referida cláusula concede ao magistrado poderes para exercer suas funções sem depender, necessariamente, da atuação do Poder Legislativo. Para Alexandre de Moraes,

Importante, igualmente, salientar que o Poder Judiciário, desde que haja plausibilidade da ameaça ao direito, é obrigado a efetivar o pedido de prestação judicial requerido pela parte de forma regular, pois a indeclinabilidade de prestação judicial é princípio básico que rege a jurisdição (*RTJ 99/790*), uma vez que a toda violação de um direito responde uma ação correlativa, independentemente de lei especial que a outorgue<sup>100</sup>.

Outro fato relevante, dentro do conceito de *judge-made law*, além daquele mencionado de ausência de norma a respeito, é o de existir norma a respeito de algum tema e controvérsia a ser decididos, porém que não se compatibilizam com a atual realidade, ainda que tal norma seja destinada exatamente ao caso concreto em análise. Também neste caso, o magistrado deverá se pautar pelos princípios legais, com a devida argumentação das partes, na busca de uma decisão justa. E nisso, o ordenamento jurídico brasileiro possui grande vantagem e pioneirismo, ao permitir o controle difuso de constitucionalidade. A cláusula aberta se torna,

---

<sup>99</sup> Como exemplo prático, no processo trabalhista nº 01134.2008.151.17.00-1, original da Vara do Trabalho de Guarapari – ES, houve o reconhecimento e a condenação da empresa ao pagamento de férias ao diretor administrativo desta, mesmo que inexistente qualquer lei que garantisse tal direito, senão para trabalhadores com vínculo empregatício, o que não era o caso. O fundamento se deu com base no direito ao lazer, previsto no artigo 6º da Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.trtes.jus.br>. Acesso em 14.08.2008.

<sup>100</sup> MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 5ª edição, São Paulo: Atlas, 2005, p; 293.

diante das possibilidades expostas, instrumento hábil para que o processo atinja sua finalidade de produzir uma decisão justa e útil. A este respeito, Cintra, Dinamarco e Grinover narram o seguinte:

Todo processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter. Essa máxima de nobre linhagem doutrinária constitui verdadeiro slogan dos modernos movimentos em prol da efetividade do processo e deve servir de alerta contra tomadas de posição que tornem acanhadas ou mesmo inúteis as medidas judiciais, deixando resíduos de injustiça<sup>101</sup>.

Também não se pode deixar de mencionar a tutela de urgência consagrada pelo inciso XXXV, do artigo 5º constitucional. Com efeito, “*garantir a efetividade da prestação jurisdicional apenas ao final significaria subjugar o direito do demandante*”<sup>102</sup>.

De fato, imprescindível para a busca de plena eficácia do Direito é a garantia preventiva de que o direito será preservado, antes mesmo de sua violação. O caráter preventivo mantém a ordem jurídica e assenta o Judiciário como poder efetivamente legítimo e garantidor do Estado Democrático de Direito. O contrário o tornaria um mero agente reparador, atividade que, sem maiores digressões, nem sempre consegue retornar a situação à perfeita integridade existente antes da violação ao direito. É o caso, por exemplo, da reparação por danos morais. A reparação não “repara”, ameniza o sofrimento, no máximo, punindo o infrator. Pode-se citar, também, a ação de trabalhador buscando o pagamento de adicional de insalubridade. Mais efetiva e possível era a ação prévia buscando medidas urgentes para que seu empregador eliminasse o ambiente insalubre.

De se notar, por fim, que as cláusulas abertas não defendem apenas direitos individuais, mas também atuam na esfera de direitos coletivos<sup>103</sup>. Deste modo, o alcance do poder judiciário se amplia fortemente, trazendo aos cidadãos importante mecanismo de defesa e garantia.

Por fim, em razão da forte estrutura que a cláusula aberta dá ao Poder Judiciário, a jurisprudência passa a ser reconhecida como fonte primária do Direito. Assim, tendente a

---

<sup>101</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 14ª edição, São Paulo: Malheiros, 1998, p. 35.

<sup>102</sup> ZANETI JUNIOR, Hermes. Ob. cit. p. 48.

<sup>103</sup> NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado*. 4ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 90.

tutelar os atos jurídicos, como norte de segurança jurídica, o Judiciário se torna ainda mais comprometido com os valores democráticos na aplicação do direito.

### 2.3.1.1. CLÁUSULAS ABERTAS EM DISSÍDIOS COLETIVOS

Um bom exemplo externado pela Constituição de processo que envolve cláusulas abertas de controle judicial, concedendo ao magistrado amplos poderes de decisão, sem se reportar a um “Direito” preestabelecido é o dissídio coletivo para a pacificação de reclames sociais propostos por categorias profissionais de trabalhadores e empregadores.

A redação original do artigo 114, 2º, da Constituição Federal, assim dispunha:

Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho.

Em profunda alteração dada pela EC nº 45/2004, passou o referido texto à seguinte redação:

Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente. (*grifo nosso*).

Antes de adentrar propriamente na análise do dissídio coletivo como instrumento de aplicação de cláusula aberta de controle judicial, imprescindível breve análise sobre a natureza do instituto e das significativas alterações dadas pela EC 45/2004.

Em primeiro lugar, importante ressaltar que existe forte entendimento de que o dissídio coletivo antes de ser considerado um processo judicial, trata-se de um poder normativo. Isto porque, justificam os defensores desta tese, o que o Judiciário está fazendo em um dissídio coletivo não é atividade judicante, pois não aprecia uma lesão a direito ou violação direta da lei, mas atua como órgão legiferante, ao criar normas que implementam as condições de trabalho e as adequam a uma específica realidade, limitada a uma categoria profissional e sua contraparte, a categoria econômica correspondente. Vejamos:

O exercício do poder normativo pela Justiça do Trabalho não se presta a julgar lesão ou ameaça a direito. Visa, isso sim, a criar normas e condições de trabalho satisfazendo interesses econômicos e sociais da categoria profissional<sup>104</sup>.

Tal posicionamento, contudo, parece-nos equivocada e, como visto em tópico anterior, decorre de posição ideológica ultrapassada, de que o Direito somente existe com a lei vigorante, e que esta lei não seja inconstitucional, além de ser capaz de regular todos os atos da vida. Todavia, como já dissemos, é prescindível a existência de uma regra definindo quais são os direitos de determinado indivíduo, para haver lesão. Havendo descumprimento dos direitos fundamentais, há lesão ao Direito, a uma ordem jurídica justa, a um Estado Constitucional Democrático.

Descendo ao plano fático, quando há um conflito coletivo, onde não foi possível uma solução pacífica extrajudicial, como uma composição criadora de uma Convenção Coletiva de Trabalho, nem uma solução por meio de arbitragem, conclui-se, no mínimo, que há insatisfação dos trabalhadores (ou dos empregadores, embora seja raro), com grandes probabilidades de se existir violação aos princípios da dignidade humana, dos direitos ao trabalho saudável e melhoria de sua condição social (artigos 6º e 7º da CRFB).

Quando um grupo de trabalhadores reivindica melhores condições de remuneração, meio ambiente e trabalho, muito embora não esteja, de logo, dizendo que está havendo violação de direitos, está manifestando seu receio de que, se as condições permanecerem inertes, os direitos laborais serão violados. Há, portanto, uma ameaça de lesão pela omissão, fato tipicamente albergado pelo inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição Federal.

Devemos ainda lembrar que o objeto pelo qual o processo atual como instrumento de garantia, na esfera trabalhista (o direito do trabalho), possui natureza indisponível, de modo a não se poder reduzi-lo a mero interesse econômico e patrimonial.

Havendo uma provável lesão a princípios constitucionais para se resolver, ainda que não haja lei específica violada, não se pode falar que o dissídio coletivo esteja tão somente destinado à criação de normas, ou que tenha como norte a satisfação de interesses meramente econômicos. E mais, uma lei tem caráter abstrato e impessoal. Um dissídio coletivo, ainda que

---

<sup>104</sup> SILVA, Edson Braz. *Aspectos processuais e materiais do dissídio coletivo frente à Emenda Constitucional n. 45/2004*. Revista LTr, nº 69-09, pp. 1.040-1.041, Setembro/2005.

não individualize seus destinatários, limita-se a uma categoria específica, em uma situação absolutamente peculiar.

Ademais, ao contrário das leis, os instrumentos coletivos possuem uma eficácia de maior rigor, no tocante às garantias de seu cumprimento pelo processo. Isto porque no caso de descumprimento de instrumento coletivo, basta uma típica ação de cumprimento, capaz de se fazer cumprir o inadimplemento com maior eficácia e rapidez que uma demanda judicial típica.

Por tais razões, a solução de um dissídio coletivo, para nós, é atividade judicante, absolutamente compatível com o conceito *judge-made law*. Ainda que haja vozes discordantes, o dissídio coletivo está, no mínimo, mais próximo da atividade jurisdicional atual – que adota o poder criador como uma de suas vertentes –, que a típica criação legislativa.

Uma segunda questão, mais periférica a este trabalho, porém não de menor importância, é a relativa às questionáveis alterações dadas aos dissídios coletivos pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que impôs, como exigência ao ajuizamento do dissídio, o *comum acordo*<sup>105</sup> das partes, após frustradas as tentativas conciliatórias pacíficas e extrajudiciais.

Em resumo, caso se considere o dissídio coletivo típico processo constitucional, de atividade tipicamente judicante, o que é o caso, como delineamos acima, encontrar-se-á inconstitucionalidade na disposição elaborada pelo constituinte derivado, ao limitar o direito de ação<sup>106</sup>.

Pois bem, no caso do dissídio coletivo, a corte apreciará eventual lesão e ameaça de lesão a direito, pois tratará de questões passadas e, especialmente, futuras, tendo como mérito as condições de trabalho adequadas a uma determinada categoria, de acordo com os princípios fundamentais e direitos sociais constitucionalmente garantidos.

---

<sup>105</sup> “A expressão ‘comum acordo’ (assim como ‘acordo mútuo’) ainda que esteja no gosto geral, traduz injustificável pleonasmos vicioso, pois não se conhece acordo (comunhão de vontades) que não seja ‘comum’; acordo de um só, ou acordo contra a vontade da outra parte podem significar qualquer outra coisa, exceto convergência de manifestações volitivas. Se o legislador houvesse referido, apenas, o substantivo acordo, não só teria feito entender, como prestado homenagem à acrobologia (não à acibrologia)”. (TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *A justiça do trabalho e a Emenda Constitucional n. 45/2004*. Revista LTr, nº 69-01, p. 21, janeiro/2005).

<sup>106</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *A questão do dissídio coletivo “de comum acordo”*. Revista LTr, nº 70-06, pp. 647-656, junho/2006.

Tratará, neste aspecto, da criação de obrigações recíprocas, não meramente econômicas, como piso salarial e adicional de horas extras, mas também de questões sociais (v.g. concessão de creches às trabalhadoras mães, aumento de folgas em razão de gala ou nojo etc.), questões ambientais (v.g. proibição de contato dos trabalhadores com produtos tóxicos e limitação de tempo de exposição em ambiente insalubre) etc.

Defende-se, portanto, que os dissídios coletivos são típicas ações constitucionais com cláusulas abertas, em perfeita sintonia com o estabelecido no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

### 2.3.2. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO PROCEDIMENTAL

É bem verdade que o código de processo civil (e toda legislação processual) se preocupa em tornar o processo compatível e adequado à tutela pretendida. É por esta razão que existem a divisão de competência e os diversos procedimentos (ordinário, sumaríssimo, especiais etc.).

Contudo, da mesma forma que os códigos não dão conta de prever todas as situações da vida possíveis, notadamente em relação às peculiaridades de cada caso concreto, também são insuficientes para conformar adequadamente a prestação jurisdicional às necessidades de uma demanda relativa à busca de recomposição de um direito material violado.

Por esta razão, o princípio da adequação do procedimento vai mais além do que informar o processo legislativo, no momento de se prever as necessidades de um processo devidamente adequado às realidades sociais e políticas de uma época.

É possível, portanto, à luz do princípio da adequação, que o juiz, no caso concreto, tome as medidas efetivas, ainda que não previstas em lei, para possibilitar a efetiva prestação da tutela jurisdicional.

Apontando os dois momentos distintos (pré-jurídico e processual), Didier os nomeia diversamente, considerando princípio da adequação aquele voltado à atividade legislativa,

abstrata e prévia, e princípio da *adaptabilidade*, aquele voltado ao caso concreto<sup>107</sup>. Segundo o autor, a este respeito,

Nada impede, entretanto, antes aconselha, que se possa previamente conferir ao magistrado, como diretor do processo, poderes para conformar o procedimento às peculiaridades do caso concreto, tudo como meio de mais bem tutelar o direito material. Também se deve permitir ao magistrado que corrija o procedimento se revele inconstitucional, por ferir um direito fundamental processual, como o contraditório (se um procedimento não prever o contraditório, deve o magistrado determiná-lo, até mesmo *ex officio*, como forma de efetivação desse direito fundamental. Eis que aparece o princípio da adaptabilidade, elasticidade ou adequação judicial do procedimento: cabe ao órgão jurisdicional prosseguir na empresa da adequação do processo, iniciada pelo legislador, mas que, em razão da natural abstração do texto normativo, pode ignorar peculiaridades de situações concretas somente constatáveis caso a caso<sup>108</sup>.

Define Didier que o princípio da adequação possui dois planos de atuação. O primeiro de *conformar* o procedimento às peculiaridades do caso concreto, ou seja, como acima dito, adequar a fórmula geral do procedimento às necessidades do caso concreto. O segundo, também de extrema importância e necessidade, trata-se do controle de constitucionalidade procedimental difuso, evitando-se que a fórmula geral macule os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos.

Um exemplo recentemente debatido aconteceu em sessão do STF. Uma das partes de determinado caso solicitou que fosse intimado, previamente, para comparecimento à sessão de decisão de preliminar de incompetência. O Ministro relator, Carlos Ayres Brito, não fez a intimação, alegando que questão de ordem pode ser levada a plenário a qualquer tempo, inexistindo qualquer norma que obrigue a intimação. Discordante, o Ministro Marco Aurélio informou que caberia intimação, mesmo nesses casos, a fim de preservar o direito da parte, bem como permitir sua plena participação no processo<sup>109</sup>.

Alvaro de Oliveira indica que o juízo de adequação da tutela jurisdicional deve ser utilizado como forma de realizar eficazmente o prometido pelo direito material. Para tanto, deve o

---

<sup>107</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 9ª edição, Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 51.

<sup>108</sup> *Ibidem*, pp. 53-54.

<sup>109</sup> Notícias STF, disponível em < <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=94518>>. Acesso em: 15/08/2008.

jugador ponderar, no caso concreto, entre efetividade e segurança possíveis, afim de adequar devidamente o processo<sup>110</sup>.

Para Humberto Ávila,

“A adequação exige uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deve levar à realização do fim. Isso exige que o administrador utilize um meio cuja eficácia (e não o meio, ele próprio) possa contribuir para a promoção gradual do fim. A compreensão da relação entre meio e fim exige respostas a três perguntas fundamentais: O que significa um meio ser adequado à realização de um fim? Como deve ser analisada a relação de adequação? Qual deve ser a intensidade de controle das decisões adotadas pelo Poder Público?”<sup>111</sup>

### 2.3.3. PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO JUDICIAL

Diante da atual perspectiva processual constitucional, o magistrado não pode mais atuar como mero fiscal do processo, aprovando ou rejeitando a produção de provas pelas partes para, ao final, independentemente da qualidade de atuação destas, surpreendê-las com uma sentença que pouco se importou com a aplicação da justiça. Nas palavras de Manoel Aureliano Gusmão, o “juiz, órgão actuante do direito não póde ser uma pura machina, uma figura inerte e sem iniciativa própria, na marcha e andamento dos processos, só agindo por provocação, requerimento ou insistência das partes”<sup>112</sup>.

Enfim, na busca por uma prestação jurisdicional rápida, porém eficiente, é importante que as partes tenham ampla participação, inclusive o juiz. Assim, devem aquelas cooperar com o julgador e este com as partes. Segundo Carnelutti, a parte não pode ver aplicada a lei sem o juízo, mas o juízo também não pode aplicá-la sem provocação da parte, o que quer dizer que o método judiciário, diferentemente do método legislativo e do administrativo, é caracterizado pela colaboração entre o ente privado e a autoridade<sup>113</sup>. Neste plano, o julgamento conforme

<sup>110</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. São Paulo: Forense, 2008, pp. 136-137.

<sup>111</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 165.

<sup>112</sup> GUSMÃO, Manoel Aureliano. *Processo civil e comercial*. São Paulo: Saraiva, 1924, pp. 105/105, *apud* BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 74.

<sup>113</sup> GRASSO, Eduardo. *La collaborazione nel processo civile*. Rivista di Diritto Processuale, n. 21, p. 580-609, 1966.

as regras de distribuição do ônus da prova somente pode ser aceito quando não tenha sido possível a devida produção das provas necessárias.

O que se quer dizer é que o processo não pode ser visto como um jogo de cartas, as quais cada jogador deve escondê-las na manga para mostrar quando for conveniente. O juiz, no caso, as mostrará na sentença, surpreendendo as partes com uma decisão imprevisível.

O princípio da cooperação impõe que todas as cartas devem ser mostradas durante o curso da instrução. No caso de vícios existentes, estes devem ser informados e, quando possível, corrigidos. Devem as partes demonstrar que nem todas as provas foram produzidas, quando for o caso, oportunizando a devida produção (respeitadas, é claro, as normas procedimentais a respeito da preclusão, prazos etc.). Deste modo, ao se encerrar a instrução probatória, as partes terão a certeza de que fizeram todo o possível para se revelar o mais próximo da verdade e da defesa de seu direito, estando o processo devidamente apto para julgamento.

A finalidade desta *transparência processual*, conseguida apenas com a cooperação das partes e do magistrado, tem como norte a busca pela verdade real (ainda que provável), que implica o estabelecimento de uma premissa o mais verdadeira possível, para que resulte em um julgamento justo e previsível.

Quando se fala em julgamento previsível, não se fala em prejulgamento, mas em julgamento conforme o Direito e a segurança jurídica. Quando se fala em julgamento justo, significa que foram respeitadas as normas constitucionais do devido processo legal e a decisão se coaduna com os direitos fundamentais.

Grassi, inspirado no Direito processual civil português, desdobra o princípio da cooperação em quatro diferentes tipos de atuação, a saber: a) dever de esclarecimento; b) dever de prevenção; c) dever de consultar as partes; e d) dever de auxiliar as partes<sup>114</sup>.

O dever de esclarecimento é aquele dever que tem o juiz de esclarecer às partes quanto a eventuais dúvidas sobre suas alegações, pedidos ou posições em juízo, com o fim de se evitar uma distorção de entendimento que possa desnortear a instrução processual ou mesmo a interpretação jurídica do fato alegado.

---

<sup>114</sup> GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Ob. cit., pp. 50-58.

O dever de prevenção exige que o juiz previna as partes sobre os eventuais vícios em suas alegações ou pedidos. É, enfim, a busca de se evitar a inépcia da peça antes da instrução, com o fim de manter a instrução processual hígida e não surpreender a parte com uma decisão de extinção do processo sem julgamento do mérito, por inépcia da petição.

O dever de consultar as partes, talvez como desmembramento que melhor expresse a participação efetiva das partes no processo, como mecanismo de legitimação da atuação do Poder Judiciário, implica o dever do julgador de consultar as partes, sempre que pretenda conhecer a matéria de fato ou direito sobre o qual aquelas não tenham tido a possibilidade de se pronunciarem.

É o caso, por exemplo, de dialogar com as partes sobre a existência de um entendimento pacificado adotado pelo tribunal, que é diverso daquele postulado, evitando-se, assim, a decisão *surpresa*.

Por fim, o dever de auxiliar as partes, longe de parecer ato de parcialidade do juiz, tem como finalidade evitar óbices injustos na obtenção da prova de seu direito, independentemente de se tratar de autor ou réu. É o caso, exemplificativamente, de dificuldade comprovada de uma parte em obter determinado documento em mão da parte adversa ou de terceiros, imprescindível para assegurar seu direito. Neste caso, o magistrado pode determinar que a parte ou terceiro, apresente o referido documento, sob pena de se configurar crime de desobediência, além da aplicação de multa diária.

Tais deveres do magistrado, no entanto, no Brasil, vêm previstos legalmente como poderes que, em tese, poderiam ou não ser usados pelo juiz, como ato de sua discricionariedade. Contudo, diante do atual estágio do processo civil pátrio, entende Grassi tratarem de efetivos “poderes-deveres”, até porque o papel do juiz, no processo, tem em vista a exigência constitucional de motivar suas decisões, não economizando esforços na busca pela verdade real<sup>115</sup>.

---

<sup>115</sup> *Ibidem*, p. 59.

## 2.4. A SUPREMOCRACIA

A par do exposto anteriormente, do ativismo judicial, princípios e técnicas que o norteiam como forma de adequar a atuação do magistrado, de um modo geral, às prementes necessidades de um Estado Constitucional de Direito, convém-nos aqui tecer breve estudo sobre a atuação do órgão de cúpula do judiciário e guardião da Constituição. É de se ressaltar que, no final das contas, este tópico recai no centro de nosso trabalho, isto porque a atuação do Supremo Tribunal Federal ostenta o ponto mor da atuação da magistratura, notadamente como poder criador de Direito. É na sentença do Supremo que está a verdadeira e definitiva atuação criadora do magistrado. Ao Supremo são levados os casos difíceis, é ele que exerce o poder judiciário em sua forma ampla. Enfim, todo o trabalho que nos propomos deságua, em última análise, nos votos dos Ministros e seus efeitos perante o ordenamento jurídico e a sociedade.

O professor de Direito Constitucional da Escola de Direito da FGV, Oscar Vilhena Vieira, fez interessante estudo sobre a atual posição do STF perante o Estado Constitucional e como anda a nem sempre equalizada divisão do poder<sup>116</sup>. Busca, com seu estudo, relatar o avanço do Supremo e, por sua vez, do poder judiciário, como poder equiparado aos demais, identificando os atuais pontos de conflito existentes, sem descartar a vital importância deste movimento de conquista de espaço político realizado pela corte julgante.

Vieira utiliza o termo “supremocracia” de forma impressionista, dada a singularidade do “*arranjo constitucional brasileiro*”, fazendo-o, contudo, sob duplo sentido. O primeiro se refere à autoridade do Supremo como órgão de cúpula recursal. Trata-o como órgão de cúpula das instâncias recursais que, todavia, historicamente, sempre manteve fragilidade de sua autoridade em relação às decisões dos tribunais *a quo* e juízos monocráticos. Para o professor, apenas com a edição da EC 45/2004, o STF completou seu ciclo de concentração de poderes, sanando, em tese, os óbices criados por juízes e tribunais resistentes às suas decisões. Por tal, supremocracia significa essa autoridade recentemente obtida de governar jurisdicionalmente (*rule*) o poder judiciário brasileiro.

O segundo sentido, de ordem externa ao judiciário, diz respeito à imposição de autoridade alçado pelo Supremo Tribunal Federal em detrimento dos demais poderes. Considerando a

---

<sup>116</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *SUPREMOCRACIA*. Revista DireitoGV, Vol. 8, São Paulo: FGV, jul/dez-2008, pp. 441-463.

judicialização ora debatida, o poder judiciário acabou por se deslocar para o centro do sistema político. Com o Supremo apreciando constitucionalidade de leis, criando posicionamentos onde não há lei - mas há Constituição - e ingerindo-se em políticas públicas, passa, portanto, a ter a palavra final sobre qualquer ato dos demais poderes. Passa não apenas ao centro, como ao topo piramidal, tudo sob o fundamento de guardião da Constituição.

Nas palavras de Vieira, parafraseando Garapon,

o Supremo não apenas vem exercendo a função de órgão de “proteção de regras” constitucionais, face aos potenciais ataques do sistema político, como também vem exercendo, ainda que subsidiariamente, a função de “criação de regras”; logo, o Supremo estaria acumulando exercício de autoridade, inerente a qualquer intérprete constitucional, com exercício de poder. Esta última atribuição, dentro de um sistema democrático, deveria ficar reservada a órgãos representativos, pois quem exerce poder em uma república deve sempre estar submetido a controles de natureza democrática.

Vários são os fatores que levaram o Supremo Tribunal Federal à posição de destaque frente ao modelo republicano pátrio. Primeiramente, como já salientado, tem-se o fim ambicioso do constituinte de 1987-88. Se havia ojeriza ao recém acabado regime militar ou mera desconfiança do legislador ordinário, o fato é que o constituinte “constitucionalizou” quase tudo que é relevante na vida. Houve um “*compromisso maximizador*”, no qual o Direito foi inteiramente constitucionalizado. Enfim, praticamente qualquer matéria até então regulada pelo Direito *ordinário* passou à alçada constitucional, o que elevou as lides jurídicas à alçada de elite.

Como consequência, considerando o elevado grau de fonte política que norteia uma Constituição – que, a propósito, dita os rumos da política e ideais estatais – a elevação do Direito ordinário à categoria constitucional reduziu o campo político dos demais poderes, tipicamente políticos. Direito e política se fundiram de modo que o dirigente do Direito passou a ser dirigente da Política.

De outro modo, se o Direito mantivesse seu viés meramente jurídico, inspirado na teoria pura, ou seja, sem qualquer respaldo abrangente da Constituição – mas desde que, é claro, em respeito a esta – é certo que o Supremo Tribunal Federal não teria um poder deveras abrangente, limitando-se a questões simplificadas da verve constitucional. Sem esta amplitude, com o Direito respaldado no ordenamento infraconstitucional, as leis, oriundas do

poder legislativo, continuariam como fontes principais do Direito, mantendo o congresso como órgão central do poder.

Uma segunda razão capaz de comprovar a expansão de autoridade do Supremo, indicada por Vieira, e que nos parece apenas decorrência da primeira, é o fato de a Constituição de 1988 ter conferido ao Supremo Tribunal Federal “*amplios poderes de guardião constitucional*”. Tais atribuições, via de regra, em outros Estados Constitucionais, são divididas entre mais de uma instituição, normalmente entre os tribunais constitucionais, foros judiciais especializados e tribunais de recursos em última instância. O STF tem acumulado essas três funções que, embora aparentemente nos pareçam próximas, notadamente pela tradição e costume, são absolutamente distintas. O Supremo é, ao mesmo tempo, corte constitucional (controle concentrado), foro especializado para quem possui prerrogativa de função e tribunal de última instância (controle difuso).

Na qualidade de *corte constitucional*, é de se notar a amplitude com que a Constituição de 1988 expandiu as medidas de controle concentrado. Cumpre ao Supremo julgar ações diretas, mandados de injunção e ações declaratórias de constitucionalidade. Esta última, apenas abrindo um parêntese, se mostra até emblemática e demonstra o nítido caráter autoritário do STF.

Isso porque, de regra, até que não haja manifestação do Supremo, em controle difuso, por meio de ADIn, sobre a inconstitucionalidade de lei ou ato administrativo, ela é considerada constitucional. Assim o é e sempre o foi no Estado Constitucional. Conseqüentemente, pergunta-se qual o motivo da ADC (ação declaratória de constitucionalidade). Se não foi declarada inconstitucional, a lei é constitucional, inexistindo interesse de agir para se ver declarada sua constitucionalidade; do outro lado, se foi declarada inconstitucional (por ADIn), perde o objeto a ADC por trânsito em julgado da ADIn.

De toda sorte, a previsão constitucional da ação declaratória de constitucionalidade (Art. 102, I, “a”) apenas atesta a judicialização da vida e a dependência desta ao STF, até mesmo para viabilidade do Direito infraconstitucional. Não basta que nasça com vida, imprescindível a certidão de nascimento. Enfim, o Direito infraconstitucional não existe logo que se publique a lei criadora. Existe plenamente apenas quando da manifestação do Supremo. Até então, não passa de uma expectativa de Direito, altamente mitigada. Só se tem segurança jurídica com o posicionamento da corte mor.

O rol é taxativo, porém amplo, no qual pode o Supremo apreciar a inconstitucionalidade de leis presumivelmente constitucionais, a constitucionalidade das leis presumivelmente constitucionais e a omissão de atos do legislativo, o que abre forte azo à criação de normas genéricas e abstratas, subtraindo a função legiferante do Congresso Nacional.

Outro fator de destaque é a ampliação dada pela Constituição de 1988 à legitimidade para se propor as ações diretas, como previsto no artigo 103. A ampliação dos atores constitucionais trouxe maior dependência do Supremo. Mais acesso ao judiciário significa mais apelo a uma decisão pacificadora. Além das outras casas terem a possibilidade de se socorrerem junto ao STF, também se apresentam órgãos ligados diretamente ao povo, notadamente as instituições sindicais.

É de se notar, ainda, que ao Supremo incumbe também policiar a atividade legislativa do poder constituinte derivado. Ao Supremo incumbe interpretar e definir a amplitude das cláusulas pétreas estabelecidas pelo artigo 60, §4º, da CRFB, sobressaindo-se em relação ao constituinte, o que lhe dá amplo poder, não só para emitir a última palavra sobre o sistema jurídico, como também sobre o sistema político.

Na qualidade de *foro especializado*, o STF é competente para julgar originalmente atos secundários do parlamento ou do executivo, normalmente ligados à governança e discricionariedade típica destes poderes, bem como para julgar altas autoridades, o que, em tese, presume atividade supletiva e de pouco volume de trabalho, dada a presunção de que os representantes do povo são pessoas íntegras e que dificilmente passariam por algum juízo criminal como réus. Estes dois, contudo, são fatores que trouxeram ao Supremo uma forte causa de congestionamento das atividades corriqueiras. Isso se dá pela “*excêntrica taxa de criminalidade no escalão superior de nossa República*”.

O Supremo, além de guardião da Constituição, é juízo de primeira instância de processos criminais e questões administrativas dos outros poderes. Apenas entre 01.01.2008 e 31.05.2010, o STF já julgou 173 ações penais, além de 384 ações originárias<sup>117</sup>. A falta de estrutura para este excesso de trabalho judicial típico é patente, notadamente pela composição do STF. Constantemente é instado a apreciar em caráter emergencial questões de política

---

<sup>117</sup> Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em 06.07.2010.

interna das casas, como a questão da “sessão secreta” do Senado Federal, decorrente da questão da cassação do mandato do Senador Renan Calheiros<sup>118</sup>.

Por fim, tem a qualidade o Supremo de ser o órgão de última instância, exercendo atividade *de controle de constitucionalidade difuso*. Só até maio de 2010 já foram julgados mais de 11.000 (onze mil) recursos extraordinários. São mais de mil por Ministro. Em 2007, o ápice de volume de trabalho do STF, este chegou a julgar 73.258 recursos extraordinários. Aliados às outras 41 classes de processos, o volume de trabalho da corte suprema é imenso.

A capacidade de julgar em última instância, como órgão de controle máximo da Constituição, pelo controle difuso, decorre da sua inoperância no controle concentrado, da não vinculação efetiva de suas decisões em sede de controle concentrado. Isso tudo traz um efeito pragmático negativo, pois é certo que a maioria das decisões do Supremo, ainda que travestida em alguns casos de decisão colegiada, não é senão um julgado monocrático, apenas referendado pelos demais. A corte se torna um grupo não reunido de Ministros que julgam solitariamente, o que implica decisões conflitantes dentro do próprio Supremo.

Enfim, alguns mecanismos foram necessários para a limitação quantitativa e qualitativa dos julgados pelo Supremo, para que possa, adequadamente, fornecer sua prestação jurisdicional. Dentre as quais, pode-se citar a “arguição de repercussão geral”, que dá discricionariedade ao Supremo para julgar o que efetivamente é importante constitucional e socialmente falando, bem como a vinculação de suas Súmulas, que permitem o término do *iter* processual antes da questão bater as portas do STF.

E as questões difíceis, apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal, são das mais variadas, envolvendo direitos fundamentais individuais, como o caso das células-tronco, por meio da ADIn 3.510-0 ou a constitucionalidade da lei dos crimes hediondos, pela Reclamação 4.335/5/Ac, ou ainda questões levadas da arena política à Suprema Corte, como a questão da fidelidade partidária, pelo Mandado de Segurança n. 26.603/DF. Na terceira parte deste trabalho trataremos de alguns temas apreciados pelo Supremo e que tiveram extrema

---

<sup>118</sup> Conforme matéria publicada pelo jornal O Globo, de 12.09.2007. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/pais/mat/2007/09/12/297692051.asp>, acesso em 05.07.2010.

repercussão na sociedade. Enfim, segundo Vieira, “*tudo no Brasil parece exigir uma ‘última palavra’ do Supremo Tribunal Federal*”<sup>119</sup>.

De qualquer sorte, tais decisões importantes do Supremo têm dado a este órgão caráter diverso daquele “legislador negativo” imaginado por Kelsen<sup>120</sup>. O Judiciário, representado pelo Supremo Tribunal Federal, se torna um verdadeiro poder constituinte reformador, criando não somente o Direito ordinário infraconstitucional, mas criando normas de caráter constitucional absoluto, que somente podem ser revogadas ou alteradas pela própria corte. Enfim, há um nítido efeito legiferante constitucional na atuação do Judiciário.

No caso da fidelidade partidária, supra mencionado, em suma, a decisão do referido Mandado de Segurança criou uma nova hipótese de perda de mandato, ausente no rol taxativo do artigo 55, da Constituição Federal. Com efeito, sem querer analisar o mérito da decisão, o STF considerou imprescindível a fidelidade partidária, uma vez que o cargo eletivo ocupado não tem caráter pessoal absoluto, notadamente em razão do sistema de proporcionalidade de vagas, de acordo com a representação partidária<sup>121</sup>.

<sup>119</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Ob. Cit., p. 451.

<sup>120</sup> KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 135.

<sup>121</sup> “*Relativamente ao mandado de segurança impetrado pelo PSDB, de relatoria do Min. Celso de Mello, o Tribunal, por maioria, indeferiu o writ. Na espécie, a impetração mandamental fora motivada pela resposta dada pelo Tribunal Superior Eleitoral - TSE à Consulta 1.398/DF na qual reconheceu que os partidos políticos e as coligações partidárias têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, se, não ocorrendo razão legítima que o justifique, registrar-se ou o cancelamento de filiação partidária ou a transferência para legenda diversa, do candidato eleito por outro partido. Entendeu-se correta a tese acolhida pelo TSE. Inicialmente, expôs-se sobre a essencialidade dos partidos políticos no processo de poder e na conformação do regime democrático, a importância do postulado da fidelidade partidária, o alto significado das relações entre o mandatário eleito e o cidadão que o escolhe, o caráter eminentemente partidário do sistema proporcional e as relações de recíproca dependência entre o eleitor, o partido político e o representante eleito. Afirmando que o caráter partidário das vagas é extraído, diretamente, da norma constitucional que prevê o sistema proporcional (CF, art. 45, caput: (...)), e que, nesse sistema, a vinculação entre candidato e partido político prolonga-se depois da eleição, considerou-se que o ato de infidelidade, seja ao partido político, seja ao próprio cidadão-eleitor, mais do que um desvio ético-político, representa, quando não precedido de uma justa razão, uma inadmissível ofensa ao princípio democrático e ao exercício legítimo do poder, na medida em que migrações inesperadas não apenas causam surpresa ao próprio corpo eleitoral e as agremiações partidárias de origem, privando-as da representatividade por elas conquistada nas urnas, mas acabam por acarretar um arbitrário desequilíbrio de forças no Parlamento, vindo, em fraude à vontade popular e afronta ao próprio sistema eleitoral proporcional, a tolher, em razão da súbita redução numérica, o exercício pleno da oposição política.*”

Asseverou-se que o direito reclamado pelos partidos políticos afetados pela infidelidade partidária não surgiria da resposta que o TSE dera à Consulta 1.398/DF, mas representaria emanção direta da própria Constituição que a esse direito conferiu realidade e deu suporte legitimador, notadamente em face dos fundamentos e dos princípios estruturantes em que se apóia o Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, I, II e V). Ressaltou-se não se tratar de imposição, ao parlamentar infiel, de sanção de perda de mandato, por mudança de partido, a qual não configuraria ato ilícito, não incidindo, por isso, o art. 55 da CF, mas de reconhecimento de inexistência de direito subjetivo autônomo ou de expectativa de direito autônomo à manutenção pessoal do cargo, como efeito sistêmico-normativo da realização histórica da hipótese de desfiliação ou transferência

Note-se que no presente julgamento o Ministro Celso de Melo ressalta as atribuições reformadoras que possui o Supremo, como verdadeiro poder constituinte que, mais que o poder derivado, tem a incumbência de amoldar a Constituição, inclusive em suas cláusulas pétreas, às situações imprevistas e às realidades contemporâneas de cada tempo. Vejamos:

No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os *processos informais de mutação constitucional*, a significar, portanto, que “A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la”. (...) A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal – a quem se atribuiu a função eminente de “*guarda da Constituição*” (CF, art. 102, “*caput*”) – assume papel de fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País conferiu, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do *monopólio da última palavra* em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental<sup>122</sup>.

Verifica-se, pois, que o Supremo Tribunal Federal se coloca não apenas como guardião da Constituição e dos ideais político-constitucionais do povo contemporâneo à reforma estatal pós-ditadura militar. O Supremo se vê como organismo reformador, órgão que, mesmo sem a representação popular direta, ostenta o *status* de oráculo constitucional, utilizando-se de

---

*injustificada, entendida como ato culposo incompatível com a função representativa do ideário político em cujo nome o parlamentar foi eleito. Aduziu-se que, em face de situações excepcionais aptas a legitimar o voluntário desligamento partidário — a mudança significativa de orientação programática do partido e a comprovada perseguição política —, haver-se-á de assegurar, ao parlamentar, o direito de resguardar a titularidade do mandato legislativo, exercendo, quando a iniciativa não for da própria agremiação partidária, a prerrogativa de fazer instaurar, perante o órgão competente da Justiça Eleitoral, procedimento no qual, em observância ao princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV e LV), seja a ele possível demonstrar a ocorrência dessas justificadoras de sua desfiliação partidária. Afastou-se a alegação de que o Supremo estaria usurpando atribuições do Congresso Nacional, por competir a ele, guardião da Constituição, interpretá-la e, de seu texto, extrair a máxima eficácia possível. De igual modo, rejeitou-se a assertiva de que o prevailecimento da tese consagrada pelo TSE desconstituiria todos os atos administrativos e legislativos para cuja formação concorreram parlamentares infiéis, tendo em conta a possibilidade da adoção da teoria do agente estatal de fato. Diante da mudança substancial da jurisprudência da Corte acerca do tema, que vinha sendo no sentido da inaplicabilidade do princípio da fidelidade partidária aos parlamentares empossados, e atento ao princípio da segurança jurídica, reputou-se necessário estabelecer um marco temporal a delimitar o início da eficácia do pronunciamento da matéria em exame. No ponto, fixou-se a data em que o TSE apreciara a Consulta 1.398/DF, ou seja, 27-3-2007, ao fundamento de que, a partir desse momento, tornara-se veemente a possibilidade de revisão jurisprudencial, especialmente por ter intervindo, com votos concorrentes, naquele procedimento, três Ministros do Supremo. No caso concreto, entretanto, verificou-se que todos os parlamentares desligaram-se do partido de origem, pelo qual se elegeram, e migraram para outras agremiações partidárias, em datas anteriores à apreciação daquela consulta.” MS 26.602, Rel. Min. Eros Grau, MS 26.603, Rel. Min. Celso de Mello, MS 26.604, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 4-10-07, Informativo 482, disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br), acesso em: 05.06.2010.*

<sup>122</sup> *Idem.*

estratégia juridicamente aceita e politicamente tolerada, da reforma da Constituição sem alteração de seu texto.

## 2.5. A ORIGEM POLÍTICA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO

É bem verdade que a transferência das discussões políticas da arena representativa para as cortes pode trazer um maior tecnicismo e menor vinculação do administrador com determinados nichos sociais, o que traz, como consequência, maior barreira às influências de cunho pessoal e até mesmo amoral. Nas palavras de Vieira,

Os tribunais constituiriam um meio mais confiável para garantir a segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade do que legisladores democráticos, premidos por demandas “populistas” e necessariamente pouco eficientes, de uma perspectiva econômica<sup>123</sup>.

Todavia, a expansão do poder judicial através da constitucionalização e a correspondente aceleração da judicialização da política nos trazem à luz um ponto frequentemente negligenciado: *a origem política da constitucionalização*. Com efeito, a adoção de um amplo “catálogo constitucional de direitos” fornece um quadro da judicialização da política. Enfim, a razão da constitucionalização e a consequente transferência de tomada de decisões políticas para as cortes não se deve sempre por mera incompatibilidade do poder legislativo com as iminentes necessidades sociais do atual Estado, cuja exigência é de respostas rápidas e efetivas.

Atente-se que este “*judicial empowerment*” através da Constituição parece, *prima facie*, contrário aos interesses dos detentores dos poderes legislativo e executivo, pois nitidamente lhes enfraquece. Deste modo, como se pode explicar que esta transferência de poder passou despercebida por tais autoridades que, via de regra, foram os próprios responsáveis pela constitucionalização do direito? E, conseqüentemente, por que razão o poder constituinte conferiu ao Judiciário tamanha participação?

Com visto alhures, uma corrente principal, de natureza político-constitucional, tende a enfatizar a própria descentralização e difusão do poder como mero efeito constitucional,

---

<sup>123</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *SUPREMOCRACIA*. Revista DireitoGV, Vol. 8, São Paulo: FGV, jul/dez-2008, p. 442.

decorrente da perda do Estado de sua característica unitária, dada a massificação da sociedade. O incremento do poder judiciário é um efeito reflexo da progressão social e mudança política, uma derivativa da minguante atuação tecnocrática do governo e omissão legislativa por pura incompetência.

Para Ran Hirschl<sup>124</sup>, contudo, essa teoria é falha, vez que não se baseia em um genuíno comparativo sistemático e numa análise detalhada dos vetores políticos por trás de qualquer revolução constitucional do passado recente, notadamente pela natureza humana que, de regra, segundo a história, prima pela defesa de uma determinada elite e manutenção do poder. Usando um jargão popular, o constituinte não daria “*ponto sem nó*”. Para o professor de Harvard, a noção de que o “*judicial empowerment*” é obtido em razão de sistêmicas deficiências dos demais poderes é baseado em um simplista e estático entendimento da política e da sociologia.

Assim, conclui o professor, em sua obra que analisa a constitucionalização do Direito e o crescimento do poder judiciário, notadamente em três países específicos, Canadá, Israel e Nova Zelândia, que a origem da constitucionalização é, acima de tudo, política, decorrente de pressões populares, mas não com o caráter e intento exclusivamente democráticos. Ao contrário, a transferência do poder ao Judiciário, para determinadas questões habilmente constitucionalizadas, oferece refúgio a políticos que procuram evitar a tomada de decisões difíceis e não raro amorais. Explica o professor que a judicialização de questões políticas fundamentais oferece um conveniente refúgio para políticos que buscam evitar tomar decisões políticas amorais. Afinal, quando problemas de contenção política são resolvidos como questões jurídicas, assumidos pelos juízes e cortes, o problema se resolve<sup>125</sup>.

Enfim, de forma maniqueísta, têm os detentores do poder (*power-holders*) a possibilidade de manter sua preferência populista e aprovação popular mesmo quando houver a necessidade de se tomar decisões não populares, mas que lhe beneficiam. Continua o professor de Cambridge dizendo que um exame mais astuto sugere que a transferência dessas e outras “grandes questões” da esfera política para as cortes tem tido suporte tático, ainda que não ativado

---

<sup>124</sup> HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2007, p. 212.

<sup>125</sup> “*At the very least, the judicialization of fundamental political questions offers a convenient refuge for politicians seeking to avoid making difficult no-win moral and political decisions. After all, when contentious political issues are treated as legal questions, the concomitant assumption is that judges and courts, rather than elected representatives in majoritarian decision-making arenas, should resolve them*”. *Idem*, p. 213.

inicialmente, por atores políticos que representam a elite hegemônica. O incremento do poder judicial através da constitucionalização assegura a essas elites e seus representantes políticos efetivos meios de redução de riscos a eles mesmos e às instituições que eles operam. A remoção do poder de polícia das legislaturas e dos executivos e sua consequente investidura nas cortes pode ser um atrativo aos detentores de poder (*Power holders*) por diversas e importantes razões<sup>126</sup>.

Primeiramente, pode-se pensar em um projeto de lei aprovado, mas que prejudica diretamente o eleitorado de um determinado grupo de congressistas, de oposição e sucumbente na arena política. Utilizando o Judiciário como última instância política e tendo este declarado a nova lei inconstitucional, os congressistas até então sucumbentes, que nada fizeram, receberão os louros pela vitória política junto aos seus eleitores.

Note-se que, neste caso, houve vitória da minoria política. Aqueles que não conseguiram vetar uma lei o fizeram por meio do judiciário, o que, em última análise, derruba o mais básico dos princípios democráticos implementado pelo processo legislativo.

Em um segundo momento, imaginemos que os mesmos congressistas fictícios propuseram uma lei prejudicial aos seus eleitores, mas não a si mesmos. A lei foi aprovada e a queda de popularidade é iminente. Leva-se a lei ao STF que, por sua vez, a declara inconstitucional. Novamente saem ganhando os congressistas, pois conseguiram eliminar do ordenamento jurídico uma lei prejudicial, fazendo-se esquecer que eles próprios a haviam proposto. E, de outro lado, se o STF a declarar constitucional, não foram os congressistas oportunistas que a criaram, mas o impiedoso Poder Judiciário.

Pode-se pensar, ainda, em um projeto de lei vetado pelo executivo, o veto foi rejeitado e a lei encaminhada à presidência para promulgação. Após a promulgação, através de ADIn, consegue-se a inconstitucionalidade da lei. Neste caso, a vitória é do Presidente da República.

---

<sup>126</sup> “A more astute examination suggests that the transfer of these and other “big questions” from the political sphere to the courts has been tacitly supported, if not actively initiated, by political actors representing hegemonic elites and established interests. Judicial empowerment through constitutionalization provides these elites and their political representatives with effective means for reducing the risks to themselves and to the institutional apparatus within which they operate. The removal of policy-making power from legislatures and executives and its investiture in courts may become attractive to political power-holders for any several reasons: when they seek to gain public support for their contentious views by relying on national high courts’ public image as professional and apolitical decision-making bodies; when they regard public disputes in majoritarian decision-making arenas as likely to put their own policy preferences at risk; or when they estimate that abiding by the limits imposed by expanded judicial power will enhance their absolute or relative position vis-à-vis rival political elements and their alternative worldviews or policy preferences”. *Ibidem*, p. 313.

Enfim, os casos acima apenas ilustram como as casas podem deixar suas discussões políticas para a apreciação técnica do judiciário como meio oportunista. Note-se que se passa por cima do próprio controle de constitucionalidade feito dentro do processo legislativo pelo Presidente da República, previsto no artigo 66, §1º.

Adentrando ao poder criativo efetivamente, pode-se pensar em questões cuja fonte normativa não seja o Direito Positivo, omissis, ou qualquer das tradicionais fontes do Direito. A questão é decidida pelo Supremo Tribunal Federal, com supedâneo em ciências sociais, bioquímicas, religião etc.. A questão só foi decidida pelo Supremo porque o legislativo resolveu não legislar sobre o caso. No entanto, após a decisão do Supremo, resolve a casa do povo projetar uma lei que em seu conteúdo se insere a decisão do STF. A lei é aprovada e sancionada, fazendo substituir a decisão judicial. Neste caso, parlamentares que não tinham o compromisso com a causa, porque envolveria debates políticos graves, com desgastes intensos, puderam “referendar” toda a discussão já exaurida pela corte judicial, com notável facilidade.

Os casos, portanto, apresentam formas de evitar o incômodo político, transferindo as questões desgastantes à imagem dos parlamentares para o judiciário. Assim, se o plano der errado, a culpa é do inescrupuloso Supremo Tribunal Federal. Se der certo, a conquista é dos preocupados e carismáticos parlamentares.

Pelo que se observa, portanto, em diversas ocasiões o Judiciário é chamado para se manifestar acerca de matérias tipicamente políticas, sob o viés da defesa da Constituição ou do interesse público, algo já previsto pelo Constituinte Originário. Em tais chamados, pensamos, está o Judiciário, de forma manipulada, exercendo indevidamente o poder político, com um falso subterfúgio do *aparentemente hostil* à Constituição Federal. Como consequência, traz o nítido desequilíbrio na divisão do poder, com um *virtual* engrandecimento do Judiciário, objetivando ocultar interesses obscuros das casas do povo.

Nesse diapasão, não raros são os casos em que governantes e congressistas corriqueiramente se reportam ao Supremo Tribunal Federal, esvaindo-se de qualquer responsabilidade sobre o fracasso de determinada política pública ou se esquivando de solucionar alguma questão crítica que, por um lado ou por outro, pode criar desavenças e impopularidade. Pode-se citar, apenas por cima, o exemplo do então Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, que,

indagado sobre a lei de anistia, teria dito: “*este é um problema da justiça*”<sup>127</sup>. Ou, ainda, a recente questão popular a respeito do projeto de lei que altera a divisão de royalties das reservas naturais de petróleo, o que traz imenso prejuízo aos Estados extratores, especialmente Espírito Santo e Rio de Janeiro. Antes mesmo de o projeto ser levado à sanção ou veto da Presidência da República, o então Governador de Estado do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, obviamente fazendo campanha contra tal tentativa e já vencido na câmara dos deputados, já garantiu que “*entrará no STF (Supremo Tribunal Federal) contra a medida, caso a emenda seja aprovada pela Câmara dos Deputados e não haja veto presidencial*”<sup>128</sup>.

A *defesa da Constituição*, sob o pretexto de um *aparente hostil*, se torna uma vala comum para a atuação do judiciário, da mesma forma que, por muitos e muitos anos, a Administração Pública utilizou o *interesse público* como falso supedâneo para todos os seus atos. Tanto um quanto o outro são conceitos vagos, que se analisados com o mínimo de cautela, se conclui que não se justificam por si. Não basta alegar a defesa da Constituição para se criar o Direito, assim como não basta alegar interesse público para desapropriar um bem ou construir uma estrada. Tem-se que prever quais as implicações políticas de cada decisão, deve-se determinar com o máximo de precisão possível, ainda que em decisão mais política que jurídica, quais os princípios fundamentais afetados e se estão ou não devidamente protegidos.

## 2.6. A AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL

Em oposição ao ativismo judicial, a autocontenção judicial implica a menor participação do magistrado na criação do Direito. Implica precipuamente a não intervenção do poder judiciário na criação das leis, estas consideradas o ápice do ordenamento jurídico. De um modo geral, a autocontenção significa a não interferência em qualquer atividade de outro poder, inclusive em políticas públicas do executivo.

A autocontenção serve bem ao Estado cuja Constituição é mínima e que, a esta decorrente, possui um arcabouço civilista-liberal dominante, como exemplo, a França do código de Napoleão, em que aos magistrados cabia apenas a aplicação direta da lei, sem possibilidade de interpretação.

---

<sup>127</sup> VIEIRA Oscar Vilhena. Ob. Cit., p. 446.

<sup>128</sup> CABRAL diz não ter dúvida de que emenda dos royalties será vetada. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 16.06.2010, disponível em: [www1.folha.uol.com.br](http://www1.folha.uol.com.br), acesso em: 13.07.2010.

Enfim, como posto por Barroso, a autocontenção evita a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente incidentes em seu texto, presumindo-se a necessidade de se aguardar a atuação do legislador ordinário, em qualquer hipótese aceita a intervenção em políticas públicas, com o fim de não invadir a esfera executiva, além de utilizar critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos<sup>129</sup>.

Não nos parece compatível a atuação nestes moldes em um Estado formado por uma Constituição como a brasileira que, além de analítica, conta com a presença de cláusulas gerais e cláusulas pétreas. Sendo analítica, diversos são os dispositivos de aplicação direta, queira ou não o magistrado, forçando-o a se habituar com sua aplicação direta. A presença de cláusulas pétreas, aliada à outorga do controle de constitucionalidade ao Judiciário, implica o cerceamento do poder constituinte derivado. Como contrapeso, tem-se o maior prestígio da atuação judicial, o que induz à vontade do constituinte originário de conferir o ativismo aos órgãos judicantes. Por fim, com a presença de cláusulas abertas inexistem dúvidas sobre o dever do magistrado em utilizar-se do ativismo judicial, como posto alhures.

A autocontenção, de toda sorte, não deve ser vista apenas como um instituto antagônico do ativismo judicial. A autocontenção tem fulcral importância e deve ser utilizada como elo limitador de eventuais abusos do poder judiciário. Isto porque o ativismo somente tem espaço como forma de extração máxima de “potencialidades” do texto constitucional, sem, contudo, criar livremente o Direito, desprezando-se tudo o que foi feito sobre determinado tema. Deste modo, deve o magistrado conter-se no âmago de produzir o Direito, servindo, desta forma, a autocontenção como ferramenta de autocontrole judicial.

É de se observar, com tudo o que foi visto, que o binômio ativismo/autocontenção<sup>130</sup> pende para algum dos lados no curso da história. O equilíbrio de ambos é fundamental para que se mantenha também equilibrada a divisão do poder. Se há algum tempo, antes da Constituição de 1988, a atuação judicial tinha nítido escopo de apenas aplicar a lei, tendo, portanto, o pêndulo se inclinado para a autocontenção, nos dias de hoje, com o excesso de medidas levadas ao Judiciário que, de alguma forma, oferece soluções mais rápidas que o legislativo, é certo que o pêndulo se inclina para o lado oposto. O equilíbrio é importante e os riscos de um

---

<sup>129</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Ob. cit., p. 7.

<sup>130</sup> Expressão dada por Barroso. *Idem*, p. 9.

excesso de intervencionismo judicial na vida política pode levar a um desmoronamento da estrutura republicana do atual Estado brasileiro.

## 2.7. ARGUMENTOS CONTRÁRIOS AO ATIVISMO JUDICIAL

Observando o que foi comentado nos últimos tópicos, desnecessárias maiores digressões para se aventar a existência de um certo *mal-estar* diante dos notáveis e novos poderes do Supremo Tribunal Federal, em detrimento a uma ocultação das atividades político-populares das demais casas da União.

A impressão que se tem, *prima facie*, é a de que o Supremo possui um poder ilimitado, sobre o qual inexistente qualquer efetivo controle por outra casa. A indicação de um Ministro do STF pelo Presidente da República e a sabatina pelo Senado parecem controles insuficientes. Enfim, listamos, a seguir, os principais argumentos contrários ao ativismo judicial que pudemos constatar, citados por Facchini Neto<sup>131</sup>.

1. Primeiramente, como sempre falado, é o fato de o ativismo judicial, com o poder de criar o Direito, pode levar a um desrespeito ao *princípio da divisão do poder*. Tal argumento, no entanto, como também já visto, encontra-se superado nos dias de hoje, de Estado Constitucional de Direito, no qual a judicialização e constitucionalização da vida, deu ao judiciário essa incumbência. Enfim, há essa exigência do magistrado criar quando houver necessidade. A mitigação da lei como fonte máxima do Direito procede, mormente pelas constantes alterações da realidade e necessidades da sociedade massificada. Dependendo da criação de lei para novas situações é absolutamente intolerável, dada a evidente impossibilidade de rápida atualização do ordenamento legal. Ademais, constatou-se que na atual formação estatal os demais poderes, legislativo e executivo, não traduzem a plena expressão da vontade democrática popular, como visto anteriormente.

Por derradeiro, é certo que o poder judiciário imprime maior acesso das minorias na participação política, dada a maior facilidade de acesso judicial do que o acesso à esfera legislativa. Em nosso sistema se evidencia a maior facilidade na propositura de uma ação civil

---

<sup>131</sup> Ob. cit.

pública (com diversos autores possíveis), que a proposição de projeto de lei por iniciativa popular. Sobre o tema:

São exatamente esses grupos marginais, grupos que acham impossível procurar acesso nos poderes “políticos”, que a Corte pode melhor servir (...) Enquanto, efetivamente, são essencialmente *políticos os poderes* da Corte, pelo que os grupos marginais podem aguardar por parte da Corte o apoio político que não estão em condições de encontrar em outro lugar<sup>132</sup>.

2. Outro argumento é a suposta *violação ao princípio da igualdade*. O receio, neste caso, é que a análise celular de casos concretos, na expectativa de criação de Direito, possa criar uma notável insegurança quanto a este Direito. Partindo da premissa de que cada juiz possui sua própria autonomia e seu próprio modo de ver as coisas, as decisões de um juiz serão constantemente diversas de outro juiz. Assim, o Direito para um jurisdicionado pode ser diverso do Direito de outro.

Essa situação, contudo, já existia no Estado liberal, em que o juiz apenas “declarava” o direito da lei. A interpretação da lei ou a criação do Direito, seja lá qual a fonte utilizada, destoa de juiz para juiz. A insegurança é uma característica dos juízes de primeiro grau, julgados estes de notável profundidade quanto ao fato, mas que se adequam ao juízo que proferiu o julgamento. A segurança se obtém através dos meios de impugnação recursais, que levam o julgado às cortes superiores que, por sua vez, tendem a uma unidade jurisprudencial, através de suas súmulas, enunciados, orientações jurisprudenciais etc.

3. *Argumento da eficácia*. O argumento é de que o poder judiciário funcionaria de forma mais eficaz caso se limitasse a aplicar o Direito Positivo ao caso concreto, em vez de gastar energia na criação de outras soluções, em nome de uma fluída ideia de injustiça.

O argumento é simplório e minimalista, despreocupado com os reais fins do poder judiciário e do próprio Estado Constitucional. Limitar-se a uma insignificância significa não atingir seus fins e, portanto, levar à inoperância.

4. *Maior risco de subjetivismo*. De fato, quanto maior a discricionariedade judicial, maior o subjetivismo. Ademais, o juiz que cria o direito tende obviamente a introduzir em suas

---

<sup>132</sup> SAPHIRO, Martin. Ob. cit., p. 99.

decisões valores pessoais que, eventualmente, podem não corresponder com os anseios sociais.

De todo modo, por menos amplo que seja o poder decisório, sempre há valoração pessoal do magistrado. Ademais, definir o que corresponde e o que não corresponde aos valores sociais, com precisão cirúrgica, é algo improvável. Mais a mais, como se vê no capítulo anterior, o magistrado atual é um ser social envolvido com os diversos setores da sociedade (mas sem vínculo com nenhum, devendo se afastar do caso por suspeição no caso de envolvimento). Assim, a diversidade de julgados em uma sociedade massificada é algo esperado e, como dito, reflete os clamores democráticos de participação maciça dos diversos setores sociais. Deste modo, mostra-se praticamente nula a possibilidade de uma sentença destoar de uma “unidade” social, ainda que sempre haja vozes contrárias.

5. *Enfraquecimento do judiciário como Poder.* Ao contrário do ativismo judicial, a diversidade de decisões gera o enfraquecimento institucional. Neste raciocínio, uma magistratura que se apresenta externamente em modo compacto favorece o poder judiciário como um dos três poderes do Estado.

O argumento é rebatido por vários modos. Quanto ao fator histórico, já se observou que o Judiciário, como um ente “compacto”, formado por magistrados de um mesmo seio social, com a simplista atividade de aplicar o direito positivado, sempre passou às sombras pela república, como um terceiro e último poder, se não subalterno, no mínimo supletivo. Por outro aspecto, como já visto no item anterior, não se pode esperar força de uma instituição unitária em uma sociedade plural e difusa. É importante que a magistratura tenha opiniões, ainda que conflitantes, que atendam a todas as ramificações sociais, voltando a dizer que a segurança jurídica se obtém pelas cortes superiores, notadamente pelo STF. Antes disso, a diversidade é garantia de democracia.

6. *Falta de informações técnicas sobre aspectos não jurídicos.* A crítica é interessante. O juiz é especializado em dar soluções jurídicas. Contudo, a partir do momento em que o juiz passa a trazer como fonte normativa aspectos não jurídicos – e note-se que não se está falando de matéria probatória, que facilmente se resolveria por meio de prova técnica – deve ter domínio sobre o *know how* das ciências adotadas, tais como economia (e repercussão econômica das decisões), meio ambiente, orçamento e finanças etc. Para piorar, aos juízes seriam dispostas apenas as informações passadas como argumentação dos advogados das partes, que se

mostram devidamente interessadas na causa, de modo a corromper o processo criativo, em sentido oposto ao da criação de lei pelo seu poder específico.

O argumento não procede, fazendo-nos novamente e incansavelmente reportarmos a Cappelletti, ao dizer que “a ‘orgia’ de criatividade judiciária (...) não seria menos perigosa do que a ‘orgia’ de legislação”<sup>133</sup>. Primeiro porque o judiciário possui instrumentos para lhe subsidiar em temas que não são exclusivamente jurídicos. É por essa razão que o Supremo tem adotado a prática de realizar audiências públicas, nomeando *amicus curiae*, especialistas nas mais variadas áreas do conhecimento humano que podem ser usadas como subsídios normativos. Na discussão sobre as células-tronco, referida alhures, diversos foram os especialistas – cientistas, religiosos –, que envolviam os diversos setores sociais que aprovavam a nova legislação sobre tais pesquisas, como as que reprovavam.

Em segundo, porque os parlamentos normalmente são compostos por políticos eleitos regionalmente e vinculados a determinados grupos ou categorias (bancada ruralista, bancada sindical etc.), mantendo, portanto, forte vínculo com seus eleitores e, portanto, ao ímpeto de produzir leis que protejam seus interesses particulares, mantendo a criação do Direito pela via legal, afastada da imparcialidade, o que macula tal atividade criativa, ao contrário da decisão judicial, que só se mantém hígida enquanto houver o devido caráter imparcial do juiz.

7. *Ausência de legitimação democrática do juiz*. O tema já foi explanado anteriormente. Enfim, a tese é a de que o juiz, não sendo eleito pelo povo, não teria legitimação para representá-lo como órgão legiferante.

Contudo, como já relatado, o Constituinte originário quis assim. O receio de se ter um juiz eleito e, por sua vez, vinculado aos seus eleitores, dada a evolução social recente do país, traria uma forte insegurança no tocante à imparcialidade do magistrado. Optou-se pela carreira estritamente técnica, afastada, porém não descompromissada, com a política e com as nuances sociais.

Quanto aos poderes legislativo e executivo, seguindo a linha prevista no artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, de que “*Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente*”, considerando a forma de eleições constitucionalmente

---

<sup>133</sup> Idem, p. 88.

definidas, por meio de participação popular direta, poucos são os óbices para justificar a legitimação da representação dada aos seus membros.

Por outro lado, a magistratura possui organização em que se privilegia a qualificação técnica (absolutamente necessária) sobre a aprovação popular e, por certo modo, segundo o paradigma tradicional, a mantém afastada, distanciada da política. Verifica-se tal assertiva pela escolha de seus membros de carreira por meio de concurso público prévio, que avalia o conhecimento técnico-científico do candidato (CRFB, artigo 93, I) de forma absolutamente impessoal, ou mesmo o ingresso às cortes superiores que, muito embora dispensem o concurso e decorram de decisão política, possuem como requisito o *notável saber jurídico*<sup>134</sup>.

Deste modo, pode-se concluir, num primeiro momento, que a composição dos tribunais e escolha dos magistrados não são atos, por si sós, legitimadores do poder judiciário, negando-se, em princípio, a emanação de poder (judicante) pelo povo, como quer a Constituição Federal.

E não se pode negar a paridade de importância da função judicante com as demais esferas de poder, razão pela qual sua emanação também depende da participação popular. Atente-se que, embora qualquer do povo possa dizer o Direito (até porque o Direito é o norteador de conduta do indivíduo), apenas o Judiciário pode dar a palavra final, em caráter de *definitividade* na aplicação do Direito<sup>135</sup>, garantindo a supremacia Estatal.

É, portanto, na atividade típica do Poder Judiciário que se encontra seu substrato legitimador. A decisão judicial, como expressão de poder, nos termos do artigo 1º, parágrafo único da Constituição da República Federativa do Brasil, deve emanar do povo. É neste momento que o Poder Judiciário legitima sua atuação, desde que permitindo a participação ativa do jurisdicionado.

Como bem salienta Alvaro de Oliveira,

---

<sup>134</sup> Como se observa nos requisitos apresentados pela Constituição Federal, para nomeação de Ministros do STF (artigo 101), Ministros do STJ (artigo 104, parágrafo único) e Ministros do TSE, oriundos da advocacia (artigo 119, II).

<sup>135</sup> Como diz Temer, “*Qualquer do povo, qualquer órgão público, qualquer tribunal administrativo poderá ‘dizer o direito’ que deve ser aplicado à dirimência de uma controvérsia. Não estará, contudo, exercendo a jurisdição no sentido rigorosamente científico que lhe empresta a Constituição, ao atribuí-la ao Poder Judiciário. É que tais decisões poderão ser levadas, sempre, ao Judiciário, para que ali, escoados os recursos, se opere a ‘definitividade’ da decisão*”. (Elementos de direito constitucional, cit., p. 168).

o problema do constitucionalismo moderno não é mais o de reivindicar uma posição formal de autonomia do cidadão nas suas relações com o Estado (...), mas sim de garantir-lhe a possibilidade de defender em concreto tais posições perante o Poder Público.<sup>136</sup>

Esse argumento, também tido como *dificuldade contramajoritária*, encontra-se interligado ao argumento de número um, acima exposto. Com efeito, ao Judiciário cumpre respaldar a defesa dos direitos fundamentais, mesmo quando violados na arena política, que, em tese, agiu de acordo com a maioria. Exatamente pela qualidade técnica da magistratura, esta não está preocupada com a popularidade de suas decisões e, portanto, em decidir conforme o intento da maioria (da população ou da casa do povo), mas sim com os direitos fundamentais, inclusive das minorias<sup>137</sup>.

8. *Aos tribunais faltam os meios institucionais (como corpo técnico) para executar e monitorar decisões que impliquem programas de ação continuada (políticas públicas).* De fato, sob este aspecto, a ingerência em políticas públicas deve ser feita com extrema cautela e com a observância de todos os trâmites processuais, de modo a subsidiar o julgado com o máximo de consistência nas fontes jurídicas. Tal argumento é interessante para atuar como um limitador, não um inibidor do poder criador do juiz.

9. *Ao ser instado para uma resposta judicial que implique criação do Direito ou ingerência em outros poderes, o Judiciário pode estar sendo vítima de manobra política das outras casas.* Como o item anterior, este é um argumento forte, que pelo receio que ocorra, pode obstar inteiramente a livre atuação do magistrado em criar o Direito. A cautela nesses casos deve ser extrema. A análise das causas apresentadas ao Judiciário deve ser vista sob os olhos de um político e não de um juiz eminentemente técnico, como visto alhures.

## 2.8. UM ALGORÍTMO DE SEGURANÇA

Para o dicionário Aurélio da Língua Portuguesa algoritmo significa um “conjunto de regras e operações bem definidas e ordenadas, destinadas à solução de um problema, ou de uma

<sup>136</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Teoria e prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 82.

<sup>137</sup> BRUM, Francisco Valle. *A jurisdição constitucional concentrada e o princípio da separação funcional do poder. A dificuldade contramajoritária*. Revista Buscalegis, Florianópolis: UFSC. Disponível em: [HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10792](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10792), acesso em 06.10.2008.

*classe de problemas, em um número finito de etapas*”. Mais informalmente, no curso técnico de eletrônica do CEFET-PR nos ensinavam que algoritmo é uma “*receita de bolo*”. A expressão pode ser conveniente uma vez que neste singelo trabalho, embora não se pretenda criar ou mesmo definir um algoritmo, uma fórmula estanque, simples e livre de questionamentos, capaz de conduzir o magistrado a uma decisão justa diante de todos os problemas acima expostos, notadamente com a interferência política e obtenção de fontes extrajurídicas como supedâneo decisório, busca-se abrir o diálogo para a obtenção deste caminho seguro. Até porque qualquer definição de regra única restringe a liberdade do julgador e a autonomia funcional, além de, é claro, fechar um sistema necessariamente aberto, em que a pluralidade dá o norte das decisões, notadamente em primeiro grau.

O que se pretende, no entanto, é procurar identificar motes de segurança que, se observados, podem induzir a uma decisão justa, com amplo respeito às demais casas e à segurança jurídica, o que enaltece a criação do Direito pelo judiciário. Tais se mostram posteriores às vencidas etapas de interpretação de leis, resolução de antinomias e valoração e juízo de ponderação. Passemos, então, a individualizar os pontos que julgamos importantes para a condução da atividade judicante, notadamente em casos difíceis.

O primeiro mote, identificado por Barroso<sup>138</sup>, segundo o que presenciemos alhures, é a *preferência pela lei*, mesmo quando em contraposição a princípios de mesma hierarquia, quando já superadas as técnicas de interpretação. Neste compasso, o que se pretende é evitar a conveniência do julgador, notadamente quando se depara com um princípio do qual adere, porém discorda de uma lei (fruto do legislativo). Não raros os casos em que nós, magistrados, suplantamos a lei por princípio, por conveniência ou de acordo com nosso espírito. Contudo, deve-se ter em mente que o ato decisório, em que pese a autonomia do magistrado, encontra uma expansão maior que a mera faceta monocrática e de microjustiça. A atividade jurisdicional é um componente da república e representa um bem maior que a mera lide em si e os anseios pessoais, ela representa a sociedade. É um vértice da repartição do poder que deve agir de acordo ou, ao menos, em harmonia com a atuação dos demais.

Quando se fala em preferência pela lei ao princípio se está admitindo a aplicabilidade de uma lei em detrimento de um princípio em sentido oposto, desde que haja, evidentemente, o respeito à Constituição e ambos tenham mesma hierarquia, além de, é claro, vencidas todas as

---

<sup>138</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. Ob. Cit. p. 392.

regras de antinomias, como a especificidade e antiguidade. Deste modo, não se obsta a interpretação de uma lei com base em um princípio. A questão é de optar por uma norma-lei ou uma norma-princípio de igual hierarquia e aplicabilidade, mas contraditórias entre si. Ainda, como observação, quando se está falando de princípio, não se quer dizer aquele ostensivamente positivado, pois aí passa a alçada legal e, conseqüentemente, como ela é aplicada.

Ademais, importante ressaltar que uma regra, externada por uma lei, possui um princípio que a sustenta. Deste modo, a opção pela lei nada mais é que a opção justificada por um princípio em detrimento de outro, notadamente porque aquele possui um mandamento definitivo (lei), cuja opção foi exercida previamente pelo legislador, enquanto este apenas indica uma direção, um caráter “*prima facie*”, como salienta Alexy<sup>139</sup> que, inclusive, assim sustenta:

Um princípio cede lugar quando, em um determinado caso, é conferido um peso maior a um outro princípio antagônico. Já uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário ao princípio que sustenta a regra<sup>140</sup>.

O segundo mote que identificamos é o de que para se criar direito, quando inexistentes lei ou princípio, deve-se ter em conta que *a atuação ou omissão do legislativo deve resultar em violação aos direitos fundamentais*. A violação tem que ser séria, com autêntico desrespeito aos princípios constitucionais. Não se pode pensar em criar o direito jurisdicionalmente quando se tratar de questão meramente patrimonial ou de tal forma pacífica que não autorize uma inovação nos posicionamentos.

Ana Lúcia Pretto Pereira diz mais, diz que o juiz deve ser ativista quando demandado para garantir o *mínimo existencial*<sup>141</sup>, ou seja, a violação a direito fundamental tem que ser séria, a ponto de retirar do titular do Direito seu mínimo existencial. A partir deste ponto legitima-se o Judiciário para garantir o bem da vida a quem de direito.

Sob tal aspecto, Bedaque nos informa que o direito substancial acaba por influenciar a relação processual. O que quer dizer o professor é que o poder de condução do processo pelo

---

<sup>139</sup> ALEXY, Roberto. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 104.

<sup>140</sup> *Idem*, p. 105.

<sup>141</sup> PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. *Jurisdição constitucional na Constituição Federal de 1988: entre ativismo e autocontenção*. Curitiba: Revista Direitos Fundamentais & Democracia (Unibrasil), Vol. 2, 2007, p. 30.

magistrado varia de acordo e diretamente com o grau de indisponibilidade da matéria posta em juízo. Ou seja, se indisponível um direito litigioso, incumbe ao magistrado o dever de buscar a verdade real e toda a criação de direito que lhe for possível. Noutra giro, quanto maior a disponibilidade da matéria, menor o poder do magistrado<sup>142</sup>.

Consectário do anterior, tem-se como terceiro mote o caráter de *urgência*. A atuação judicial, notadamente quando utilizando seu poder criador ao introduzir uma solução a um caso em que não haja previsão em lei ou princípio e que possui substrato em fontes extrajurídicas, deve ser dado apenas quando a sociedade necessita de uma resposta que não pode ser dada de imediato pelo legislativo.

Enfim, se o judiciário se deparar com um conflito que carece de elementos jurídicos, porém não carece de urgência, a melhor solução é aguardar a resposta do legislativo. O mero fato de não haver direito positivado sobre a matéria não é motivo para acolher um pedido. Imaginemos uma demanda anterior à lei que autoriza pesquisas com células-tronco. Tal medida não seria dotada de urgência, pois se a sociedade aguardou milênios para iniciar tais pesquisas, dado o avanço social, não há motivos para não se aguardar um pronunciamento legislativo<sup>143</sup>.

Imaginemos ainda uma demanda proposta judicialmente por uma associação de servidores públicos federais pleiteando o reajuste dos subsídios a partir de 2011. Como se sabe, o reajuste depende de edição de lei federal. Neste caso, inexistente sequer o direito a um reajuste anual (garantido por lei ou princípio). Deste modo, não se vislumbra a possibilidade de o judiciário suplantar a atividade legislativa, concedendo o reajuste aos servidores, por inexistir a urgência. O máximo que se pode pensar nesses casos é o Judiciário dar ciência à casa legislativa de que se encontra omissão com sua obrigação legislativa, por meio de mandado de injunção.

---

<sup>142</sup> “(...) costuma a doutrina sustentar que os poderes do juiz na produção de provas serão maiores ou menores, dependendo da natureza do direito em discussão no processo. Se indisponível, deverá ele orientar-se no sentido de encontrar a verdade real e, para tanto, determinar a produção de provas que entenda necessárias; se disponível, pouquíssimos serão os poderes instrutórios do juiz”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Ob. Cit.* p. 127.

<sup>143</sup> É claro que, após a edição de lei, como a das células-tronco, não pode o Judiciário, através do STF, se eximir de apreciar uma ação direta de inconstitucionalidade a lei. Neste caso não há que se falar em criação judicial, mas análise de adequação de lei infraconstitucional com a norma constitucional. Sob este aspecto o interesse processual persiste, ainda que após se encerrar a discussão na arena política.

O quarto mote é *evitar que a justiça atue com sub-rogação da atividade política*. Como visto acima, em estudos do professor de Harvard Ran Hirschl, é comum que o próprio Legislativo use o Poder Judiciário como última instância da arena política. Para as medidas impopulares ou para aquelas medidas em que algum partido tenha perdido a discussão no palco político (câmara e/ou senado), não é incomum que se busque uma resposta do Judiciário, mesmo sem lei, princípio ou urgência.

Casos há, é verdade, em que por rinha política uma lei de extrema importância e urgência não é aprovada, e cuja inércia vem agredir diversos direitos fundamentais. Nestes casos, de forma estrita, tem o judiciário o dever de se sub-rogar na atividade legislativa e, conseqüentemente, fornecer à sociedade a resposta esperada com a devida criação do direito. Contudo, casos há em que a interpelação judicial não é necessária e, se feita, pode suplantar o governo democrático. Nas palavras de Barroso,

não se deve alargar além do limite razoável a constitucionalização por via interpretativa, sob pena de se embaraçar, pelo excesso de rigidez, o governo da maioria, componente importante do Estado democrático. (...) Princípios como dignidade da pessoa humana, razoabilidade e solidariedade não são cheques em branco para o exercício de escolhas pessoais e idiossincráticas<sup>144</sup>.

Os motes acima apresentados sugerem não uma regra estanque de julgamento, mas algumas cautelas a se ter na tentativa de conseguir uma atividade judicial que se equilibre em um terreno árido, nem exacerbadamente ativista, o que pode comprometer a divisão de poder, a representação popular e a forma republicana de governo e nem de total autocontenção judicial, que não reflete a disposição do atual Estado Constitucional de Direito.

Com tais argumentos, pode-se pensar em uma fuga ao positivismo jurídico, porém com certas limitações ora impostas por questões que misturam a ordem jurídica com a ordem política.

---

<sup>144</sup> *Idem.*

### 3. O POSICIONAMENTO DO STF (CASOS JULGADOS)

O presente capítulo representa o conteúdo pragmático desta pesquisa. Nossa proposta nesta etapa consiste em apresentar algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, relativamente a processos de forte apelo popular, cujo conteúdo se mostra inovador do ordenamento jurídico. Em síntese, tentaremos verificar se a corte adotou os elementos de segurança acima expostos, buscando tentar delinear se há no Supremo certa preocupação a este respeito ou se, como regra ou em alguns casos tópicos, está o Judiciário invadindo a esfera de competência privativa do Legislativo, criando um descompasso na separação do poder.

Para tanto, pedimos vênias para, no início de cada subtópico, inserir a ementa proferida pela Corte para, em sequência, iniciar a devida análise.

#### 3.1. ADC N. 12 – VEDAÇÃO AO NEPOTISMO

Ementa:

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18/10/2005, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. MEDIDA CAUTELAR.

(...)

A Resolução nº 07/05 do CNJ reveste-se dos atributos da generalidade (os dispositivos dela constantes veiculam normas proibitivas de ações administrativas de logo padronizadas), impessoalidade (ausência de indicação nominal ou patronímica de quem quer que seja) e abstratividade (trata-se de um modelo normativo com âmbito temporal de vigência em aberto, pois claramente vocacionado para renovar de forma contínua o liame que prende suas hipóteses de incidência aos respectivos mandamentos).

A Resolução nº 07/05 se dota, ainda, de caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do § 4º do art. 103-B da Carta-cidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade.

O ato normativo que se faz de objeto desta ação declaratória densifica apropriadamente os quatro citados princípios do art. 37 da Constituição Federal, razão por que não há antinomia de conteúdos na comparação dos comandos que se veiculam pelos dois modelos normativos: o constitucional e o infraconstitucional. Logo, o Conselho Nacional de Justiça fez adequado uso da competência que lhe conferiu a Carta de Outubro, após a Emenda 45/04.

Noutro giro, os condicionamentos impostos pela Resolução em foco não atentam contra a liberdade de nomeação e exoneração dos cargos em comissão e funções de confiança (incisos II e V do art. 37). Isto porque a interpretação dos mencionados incisos não pode se desapegar dos princípios que se veiculam pelo caput do mesmo art. 37. Donde o juízo de que as restrições constantes do ato normativo do CNJ são, no rigor dos termos, as mesmas restrições já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. É dizer: o que já era constitucionalmente proibido permanece com essa tipificação, porém, agora, mais expletivamente positivado. Não se trata, então, de discriminar o Poder Judiciário perante os outros dois Poderes Orgânicos do Estado, sob a equivocada proposição de que o Poder Executivo e o Poder Legislativo estariam inteiramente libertos de peias jurídicas para prover seus cargos em comissão e funções de confiança, naquelas situações em que os respectivos ocupantes não hajam ingressado na atividade estatal por meio de concurso público.

O modelo normativo em exame não é suscetível de ofender a pureza do princípio da separação dos Poderes e até mesmo do princípio federativo. Primeiro, pela consideração de que o CNJ não é órgão estranho ao Poder Judiciário (art. 92, CF) e não está a submeter esse Poder à autoridade de nenhum dos outros dois; segundo, porque ele, Poder Judiciário, tem uma singular postura de âmbito nacional, perfeitamente compatibilizada com o caráter estadualizado de uma parte dele. Ademais, o art. 125 da Lei Magna defere aos Estados a competência de organizar a sua própria Justiça, mas não é menos certo que esse mesmo art. 125, caput, junte essa organização aos princípios “estabelecidos” por ela, Carta Maior, neles incluídos os constantes do art. 37, cabeça.

Medida liminar deferida para, com efeito vinculante: a) emprestar interpretação conforme para incluir o termo “chefia” nos incisos II, III, IV, V do artigo 2º do ato normativo em foco b) suspender, até o exame de mérito desta ADC, o julgamento dos processos que tenham por objeto questionar a constitucionalidade da Resolução nº 07/2005, do Conselho Nacional de Justiça; c) obstar que juízes e Tribunais venham a proferir decisões que impeçam ou afastem a aplicabilidade da mesma Resolução nº 07/2005, do CNJ e d) suspender, com eficácia ex tunc, os efeitos daquelas decisões que, já proferidas, determinaram o afastamento da sobredita aplicação<sup>145</sup>.

O presente dispositivo ostenta forte caráter de criação de norma de caráter genérico, senão vejamos. Trata-se de ação direta de constitucionalidade proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros com a finalidade de se obter a interpretação constitucional do STF a

---

<sup>145</sup> Disponível em [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br), acesso em 02.01.2011.

respeito da Resolução n. 07/2005 do Conselho Nacional de Justiça. Em resumo, veda, *no âmbito do Poder Judiciário brasileiro*, a nomeação de parentes de até terceiro grau dos magistrados em cargos de comissão e funções gratificadas.

No entanto, o STF elastece a amplitude da resolução, quando, ao sustentar que tal resolução não discrimina o Poder Judiciário dos demais poderes orgânicos do Estado, sustenta também, que embora seja a resolução destinada apenas ao Judiciário, seus efeitos se estendem aos Poderes Executivo e Legislativo, que não estão libertos para ignorar a vedação ao nepotismo. Cria, portanto, norma que disciplina a organização e administração destas duas casas, o que, em tese, seria típica atividade interna de cada uma delas.

Enfim, num primeiro momento concluiu o STF que a resolução n. 7/2005 está de acordo com o disposto no artigo 103-B, §4º, da Constituição Federal, de modo que, embora não se trate de lei propriamente dita, está de acordo com o ordenamento jurídico, não violando a distribuição de competências para criação de normas.

Em seguida, sustenta o STF que a resolução densifica os princípios constitucionais da impessoalidade, eficiência, igualdade e moralidade. Mais do que isso, conclui o Supremo que a resolução ressalta o que já era proibido, tornando, no entanto “*mais expletivamente positivado*”. A par disso, pode-se concluir que se mostra observado o primeiro mote de segurança que tratamos no capítulo anterior, da *preferência pela lei* a princípios de igual hierarquia. Existem princípios constitucionais, portanto, hierarquicamente superiores à resolução, porém que foram devidamente respeitados.

Nesse compasso, como há o respeito a tais princípios, verificou-se que inexistiu, na atuação do Judiciário, violação de direitos fundamentais. Ao contrário, a decisão segue os nortes principais da Constituição, no que se refere à higidez da administração pública, razão pela qual a decisão tem como escopo a proteção de direitos fundamentais que poderiam ser violados na sua omissão pelo órgão competente. Verificado, pois, o segundo mote de segurança, configurado pela proteção dos *direitos fundamentais*.

Em consequência, a necessidade de se evitar ou reparar a violação de direitos fundamentais, no caso ocorridos pelo nepotismo, sempre possui caráter urgente. Configurado, portanto, o terceiro mote de segurança para atuação do Poder Judiciário, a *urgência*.

De mesmo modo, entende o STF que não se trata de violação à divisão do poder, nem, conseqüentemente, de invasão do Judiciário na atividade exclusiva do legislativo, uma vez que o CNJ tem competência para regular tal matéria no âmbito do Poder Judiciário, nos termos da Emenda Constitucional n. 45/2004. Por tal posicionamento, conclui-se que não se trata de questão de debate exclusivo da arena política. Deste modo, demonstra-se que o Judiciário não está atuando em *sub-rogação da atividade exclusivamente política*. Preenchido, portanto, o quarto e último mote de segurança explanado alhures.

Em resumo, o STF atuou criando norma, observando os motes de segurança. Vejamos:

- a) A criação respeita a preferência pela lei? Sim.
- b) A criação da norma buscava a proteção de direitos fundamentais? Sim.
- c) Havia caráter de urgência? Sim.
- d) O tema é de atividade exclusivamente política? não.

### 3.2. ADPF N. 144/DF – INELEGIBILIDADE DE CANDIDATOS COM CONDENAÇÕES PRETÉRITAS

Ementa:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - POSSIBILIDADE DE MINISTROS DO STF, COM ASSENTO NO TSE, PARTICIPAREM DO JULGAMENTO DA ADPF - INOCORRÊNCIA DE INCOMPATIBILIDADE PROCESSUAL, AINDA QUE O PRESIDENTE DO TSE HAJA PRESTADO INFORMAÇÕES NA CAUSA - RECONHECIMENTO DA LEGITIMIDADE ATIVA “AD CAUSAM” DA ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS - EXISTÊNCIA, QUANTO A ELA, DO VÍNCULO DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA - ADMISSIBILIDADE DO AJUIZAMENTO DE ADPF CONTRA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL DE QUE POSSA RESULTAR LESÃO A PRECEITO FUNDAMENTAL - EXISTÊNCIA DE CONTROVÉRSIA RELEVANTE NA ESPÉCIE, AINDA QUE NECESSÁRIA SUA DEMONSTRAÇÃO APENAS NAS ARGÜIÇÕES DE DESCUMPRIMENTO DE CARÁTER INCIDENTAL - OBSERVÂNCIA, AINDA, NO CASO, DO POSTULADO DA SUBSIDIARIEDADE - MÉRITO: RELAÇÃO ENTRE PROCESSOS JUDICIAIS, SEM QUE NELES HAJA CONDENAÇÃO

IRRECORRÍVEL, E O EXERCÍCIO, PELO CIDADÃO, DA CAPACIDADE ELEITORAL PASSIVA - REGISTRO DE CANDIDATO CONTRA QUEM FORAM INSTAURADOS PROCEDIMENTOS JUDICIAIS, NOTADAMENTE AQUELES DE NATUREZA CRIMINAL, EM CUJO ÂMBITO AINDA NÃO EXISTA SENTENÇA CONDENATÓRIA COM TRÂNSITO EM JULGADO - IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DE DEFINIR-SE, COMO CAUSA DE INELEGIBILIDADE, A MERA INSTAURAÇÃO, CONTRA O CANDIDATO, DE PROCEDIMENTOS JUDICIAIS, QUANDO INOCORRENTE CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO - PROIBIDADE ADMINISTRATIVA, MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DO MANDATO ELETIVO, “VITA ANTEACTA” E PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA - SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS E IMPRESCINDIBILIDADE, PARA ESSE EFEITO, DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO CRIMINAL (CF, ART. 15, III) - REAÇÃO, NO PONTO, DA CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA DE 1988 À ORDEM AUTORITÁRIA QUE PREVALECEU SOB O REGIME MILITAR - CARÁTER AUTOCRÁTICO DA CLÁUSULA DE INELEGIBILIDADE FUNDADA NA LEI COMPLEMENTAR Nº 5/70 (ART. 1º, I, “N”), QUE TORNAVA INELEGÍVEL QUALQUER RÉU CONTRA QUEM FOSSE RECEBIDA DENÚNCIA POR SUPOSTA PRÁTICA DE DETERMINADOS ILÍCITOS PENAIIS - DERROGAÇÃO DESSA CLÁUSULA PELO PRÓPRIO REGIME MILITAR (LEI COMPLEMENTAR Nº 42/82), QUE PASSOU A EXIGIR, PARA FINS DE INELEGIBILIDADE DO CANDIDATO, A EXISTÊNCIA, CONTRA ELE, DE CONDENAÇÃO PENAL POR DETERMINADOS DELITOS - ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O ALCANCE DA LC Nº 42/82: NECESSIDADE DE QUE SE ACHASSE CONFIGURADO O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO (RE 99.069/BA, REL. MIN. OSCAR CORRÊA) - PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA: UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE A QUALQUER PESSOA - EVOLUÇÃO HISTÓRICA E REGIME JURÍDICO DO PRINCÍPIO DO ESTADO DE INOCÊNCIA - O TRATAMENTO DISPENSADO À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA PELAS DECLARAÇÕES INTERNACIONAIS DE DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS, TANTO AS DE CARÁTER REGIONAL QUANTO AS DE NATUREZA GLOBAL - O PROCESSO PENAL COMO DOMÍNIO MAIS EXPRESSIVO DE INCIDÊNCIA DA PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA - EFICÁCIA IRRADIANTE DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA - POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DESSE PRINCÍPIO AO ÂMBITO DO PROCESSO ELEITORAL - HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE - ENUMERAÇÃO EM ÂMBITO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 14, §§ 4º A 8º) - RECONHECIMENTO, NO ENTANTO, DA FACULDADE DE O CONGRESSO NACIONAL, EM SEDE

LEGAL, DEFINIR “OUTROS CASOS DE INELEGIBILIDADE” - NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, EM TAL SITUAÇÃO, DA RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR (CF, ART. 14, § 9º) - IMPOSSIBILIDADE, CONTUDO, DE A LEI COMPLEMENTAR, MESMO COM APOIO NO §9º DO ART. 14 DA CONSTITUIÇÃO, TRANSGREDIR A PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA, QUE SE QUALIFICA COMO VALOR FUNDAMENTAL, VERDADEIRO “CORNERSTONE” EM QUE SE ESTRUTURA O SISTEMA QUE A NOSSA CARTA POLÍTICA CONSAGRA EM RESPEITO AO REGIME DAS LIBERDADES E EM DEFESA DA PRÓPRIA PRESERVAÇÃO DA ORDEM DEMOCRÁTICA - PRIVAÇÃO DA CAPACIDADE ELEITORAL PASSIVA E PROCESSOS, DE NATUREZA CIVIL, POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - NECESSIDADE, TAMBÉM EM TAL HIPÓTESE, DE CONDENAÇÃO IRRECORRÍVEL - COMPATIBILIDADE DA LEI Nº 8.429/92 (ART. 20, “CAPUT”) COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ART. 15, V, c/c O ART. 37, § 4º) - O SIGNIFICADO POLÍTICO E O VALOR JURÍDICO DA EXIGÊNCIA DA COISA JULGADA - RELEITURA, PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, DA SÚMULA 01/TSE, COM O OBJETIVO DE INIBIR O AFASTAMENTO INDISCRIMINADO DA CLÁUSULA DE INELEGIBILIDADE FUNDADA NA LC 64/90 (ART. 1º, I, “G”) - NOVA INTERPRETAÇÃO QUE REFORÇA A EXIGÊNCIA ÉTICO-JURÍDICA DE PROIBIDADE ADMINISTRATIVA E DE MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DE MANDATO ELETIVO - ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL JULGADA IMPROCEDENTE, EM DECISÃO REVESTIDA DE EFEITO VINCULANTE<sup>146</sup>.

A presente Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental foi ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros, tendo como finalidade permitir que o artigo 14, §9º<sup>147</sup>, da Constituição Federal fosse aplicado com eficiência. Para tanto, arguiu-se a omissão da então Lei Complementar n. 64/1990 – e conseqüentemente do poder legislativo – relativamente à vida pregressa dos candidatos a mandados eletivos.

Como supedâneo fático teve a ocorrência, em diversos Estados, de negativa do registro de candidatos condenados em processos administrativos e criminais independentemente do

<sup>146</sup> Disponível em [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br), acesso em 12.02.2010.

<sup>147</sup> “§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”.

trânsito em julgado das decisões. Diversamente, no entanto, foi o entendimento do Superior Tribunal Eleitoral e, contra o entendimento desta corte, manifestou a AMB seu inconformismo.

O Supremo, contudo, como visto acima, julgou improcedente o pedido por dois fundamentos. O primeiro foi o da reserva legal. Segundo o STF, determinar a instituição de hipóteses de inelegibilidade pelo Judiciário violaria a divisão funcional do poder. O segundo foi a preferência pelo princípio da presunção da inocência, contido como norma expressa no texto constitucional, em seu artigo 5º, LVII.

No tocante ao mote de segurança da *preferência pela lei*, decidiu o STF com base no artigo 5º, LVII da Constituição Federal, que garante a presunção de inocência até o trânsito em julgado. Deste modo, não poderiam ser considerados inelegíveis os candidatos condenados, porém com possibilidades recursais. Deu-se preferência à norma escrita, o que, por si só, impediria a criação de norma pelo Judiciário.

Em relação à *proteção dos direitos fundamentais*, o STF aborda o tema quando trata preliminarmente da receptividade da ADPF. Afinal, esta se destina exclusivamente à proteção de direitos fundamentais. Observou o STF que há possibilidade de lesão a direito fundamental, em razão dos princípios que regem a Administração Pública.

Em atenção à *urgência*, faz-se o mesmo comentário anterior. O STF não analisou a questão explicitamente, porém, via de regra, quando se trata da proteção de direitos fundamentais, também se está diante do caráter da urgência. Ambos, praticamente, andam juntos. Havia, portanto, a urgência para se manter as inscrições de candidatos que não possuíam condenação transitada em julgado.

Por fim, em relação a *não sub-rogação da atividade exclusivamente política*, entendeu o Supremo que, de fato, a matéria é exclusivamente da arena política, de modo que a imposição de norma pelo Judiciário implicaria desequilíbrio na distribuição funcional do poder e a atividade judicante estaria excedendo seus limites constitucionais.

Em resumo, a tentativa de se criar norma pelo Judiciário não foi consolidada, porquanto a atividade seria exclusiva da arena política e existe lei tratando do assunto. Senão vejamos:

a) A criação respeitaria a preferência pela lei? Não.

b) A criação da norma buscava a proteção de direitos fundamentais? Sim.

c) Havia caráter de urgência? Sim.

d) O tema é de atividade exclusivamente política? Sim.

Importante ressaltar que após este episódio que levou o assunto à população em geral, foi apresentado projeto de lei, de iniciativa popular, que gerou a Lei Complementar n. 135/2010, pela atuação de legislativo e executivo, que criou hipóteses de inelegibilidade de candidatos que foram condenados em instâncias colegiadas, independentemente do trânsito em julgado.

Em Recurso Extraordinário proposto pelo então candidato Joaquim Domingos Roriz (n. 630147), cuja candidatura foi cassada pelo TSE, com base na referida lei complementar, decidiu o STF pela manutenção da sentença do Tribunal especial, dando guarida à nova regulamentação, dando, portanto, preferência pela lei<sup>148</sup>.

### 3.3. ADI N. 3.510/DF – PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS

Ementa:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO. I - O CONHECIMENTO CIENTÍFICO, A CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E SEUS REFLEXOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE BIOSSEGURANÇA. As “células-tronco embrionárias” são células contidas num agrupamento de outras, encontradas em

<sup>148</sup> Decisão disponível em [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br), acesso em 25.01.2011.

cada embrião humano de até 14 dias (outros cientistas reduzem esse tempo para a fase de blastocisto, ocorrente em torno de 5 dias depois da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino). Embriões a que se chega por efeito de manipulação humana em ambiente extracorpóreo, porquanto produzidos laboratorialmente ou “in vitro”, e não espontaneamente ou “in vida”. Não cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir sobre qual das duas formas de pesquisa básica é a mais promissora: a pesquisa com células-tronco adultas e aquela incidente sobre células-tronco embrionárias. A certeza científico-tecnológica está em que um tipo de pesquisa não invalida o outro, pois ambos são mutuamente complementares.

II - LEGITIMIDADE DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS PARA FINS TERAPÊUTICOS E O CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. A pesquisa científica com células-tronco embrionárias, autorizada pela Lei nº 11.105/2005, objetiva o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional (ilustrativamente, atrofia espinhais progressivas, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as neuropatias e as doenças do neurônio motor). A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapeço pelo embrião “in vitro”, porém u'a mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Isto no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica “a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça” como valores supremos de uma sociedade mais que tudo “fraterna”. O que já significa incorporar o advento do constitucionalismo fraternal às relações humanas, a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza. Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões “in vitro”, significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam. Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade (Ministro Celso de Mello).

III - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria “natalista”, em contraposição às teorias “concepcionista” ou da “personalidade condicional”). E quando se reporta a “direitos da pessoa humana” e

até dos “direitos e garantias individuais” como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais “à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significativo de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança (“in vitro” apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepitível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.

IV - AS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO NÃO CARACTERIZAM ABORTO. MATÉRIA ESTRANHA À PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. É constitucional a proposição de que toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, claro, mas nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana, em se tratando de experimento “in vitro”. Situação em que deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino. O modo de irromper em laboratório e permanecer confinado “in vitro” é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva. Isto sem prejuízo do reconhecimento de que o zigoto assim extra-corporalmente produzido e também extra-corporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária do ser humano. Não, porém, ser humano em estado de embrião. A Lei de Biossegurança não veicula autorização para extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. Não se cuida de interromper gravidez humana, pois dela aqui não se pode cogitar. A “controvérsia constitucional em exame não guarda qualquer vinculação com o problema do aborto.” (Ministro Celso de Mello).

V - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AUTONOMIA DA VONTADE, AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E À MATERNIDADE. A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como “direito ao planejamento familiar”, fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da “dignidade da pessoa

humana” e da “paternidade responsável”. A conjugação constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa. A opção do casal por um processo “in vitro” de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou “in vitro”. De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à “liberdade” (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF). Mais exatamente, planejamento familiar que, “fruto da livre decisão do casal”, é “fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável” (§ 7º desse emblemático artigo constitucional de nº 226). O recurso a processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. Não existe tal dever (inciso II do art. 5º da CF), porque incompatível com o próprio instituto do “planejamento familiar” na citada perspectiva da “paternidade responsável”. Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5º da Constituição. Para que ao embrião “in vitro” fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição. VI - DIREITO À SAÚDE COMO COROLÁRIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA DIGNA. O § 4º do art. 199 da Constituição, versante sobre pesquisas com substâncias humanas para fins terapêuticos, faz parte da seção normativa dedicada à “SAÚDE” (Seção II do Capítulo II do Título VIII). Direito à saúde, positivado como um dos primeiros dos direitos sociais de natureza fundamental (art. 6º da CF) e também como o primeiro dos direitos constitutivos da seguridade social (cabeça do artigo constitucional de nº 194). Saúde que é “direito de todos e dever do Estado” (caput do art. 196 da Constituição), garantida mediante ações e serviços de pronto qualificados como “de relevância pública” (parte inicial do art. 197). A Lei de Biossegurança como instrumento de encontro do direito à saúde com a própria Ciência. No caso, ciências médicas, biológicas e correlatas, diretamente postas pela Constituição a serviço desse bem inestimável do indivíduo que é a sua própria higidez físico-mental. VII - O DIREITO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO CIENTÍFICA E A LEI DE BIOSSEGURANÇA COMO DENSIFICAÇÃO DESSA LIBERDADE. O termo “ciência”, enquanto atividade individual, faz parte do catálogo dos direitos fundamentais da pessoa

humana (inciso IX do art. 5º da CF). Liberdade de expressão que se afigura como clássico direito constitucional-civil ou genuíno direito de personalidade. Por isso que exigente do máximo de proteção jurídica, até como signo de vida coletiva civilizada. Tão qualificadora do indivíduo e da sociedade é essa vocação para os misteres da Ciência que o Magno Texto Federal abre todo um autonomizado capítulo para prestigiá-la por modo superlativo (capítulo de nº IV do título VIII). A regra de que “O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas” (art. 218, caput) é de logo complementada com o preceito (§ 1º do mesmo art. 218) que autoriza a edição de normas como a constante do art. 5º da Lei de Biossegurança. A compatibilização da liberdade de expressão científica com os deveres estatais de propulsão das ciências que sirvam à melhoria das condições de vida para todos os indivíduos. Assegurada, sempre, a dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal dota o bloco normativo posto no art. 5º da Lei 11.105/2005 do necessário fundamento para dele afastar qualquer invalidade jurídica (Ministra Cármen Lúcia).

VIII - SUFICIÊNCIA DAS CAUTELAS E RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA LEI DE BIOSSEGURANÇA NA CONDUÇÃO DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. A Lei de Biossegurança caracteriza-se como regração legal a salvo da mácula do aqodamento, da insuficiência protetiva ou do vício da arbitrariedade em matéria tão religiosa, filosófica e eticamente sensível como a da biotecnologia na área da medicina e da genética humana. Trata-se de um conjunto normativo que parte do pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana, ou que tenha potencialidade para tanto. A Lei de Biossegurança não conceitua as categorias mentais ou entidades biomédicas a que se refere, mas nem por isso impede a facilitada exegese dos seus textos, pois é de se presumir que recepcionou tais categorias e as que lhe são correlatas com o significado que elas portam no âmbito das ciências médicas e biológicas.

IX - IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Afasta-se o uso da técnica de “interpretação conforme” para a feitura de sentença de caráter aditivo que tencione conferir à Lei de Biossegurança exuberância regratória, ou restrições tendentes a inviabilizar as pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência dos pressupostos para a aplicação da técnica da “interpretação conforme a Constituição”, porquanto a norma impugnada não padece de polissemia ou de plurissignificatidade. Ação direta de inconstitucionalidade julgada totalmente improcedente<sup>149</sup>.

Num primeiro estágio do julgamento, o Supremo Tribunal Federal faz uma análise a respeito da natureza científica das pesquisas científicas a células-tronco embrionárias. Tal material foi

---

<sup>149</sup> Disponível em [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br), acesso em 05.01.2011.

obtido através de análises a perícias e oitiva de rol de *amicus curiae*. Note-se que somente após a análise da natureza científica a respeito do tema, o STF buscou definir o Direito ou bem da vida a ser protegido por meio da ADI, no caso, o direito à vida. Buscou o STF se aproximar da sociedade, dos interessados, delimitando o fato em si para, somente após tal análise, passar a judicializar o bem da vida.

Enfim, definida a natureza científica das células-tronco embrionárias passou a analisar a suposta violação à vida que traria a pesquisa com tais elementos. Sob este aspecto, considerando que o embrião produzido *in vitro* não coincide com o nascituro até que seja inserido no colo do útero (ou seja, não há vida e nem expectativa de vida no embrião *in vitro*), concluiu o STF, com base em análise científica, que não existe violação à vida o estudo das células-tronco embrionárias. Ressalta-se que a lei 11.105/2005, atacada pela ADI, prevê apenas a utilização de embriões fertilizados *in vitro*, desde que inviáveis ou congelados há mais de três anos, ou seja, sem muita viabilidade de vida, caso seja dado prosseguimento ao processo gestacional.

Seguindo a análise dos motes de segurança expostos no capítulo anterior, pode-se ter o seguinte: no tocante à *preferência pela lei*, nota-se que o conflito apresentado pela ADI se deu entre uma lei infraconstitucional e um princípio constitucional. Hierarquias diversas, este último prevalece. A análise judicial foi, portanto, de típica atividade de criação negativa de lei e não de autêntica criação de direito, mas de possibilidade de eliminação de lei. Tal, de toda sorte, recai exatamente no segundo mote de segurança, qual seja, a eventual *violação aos direitos fundamentais pelo poder legislativo*. O estudo do STF se deu exatamente na possibilidade de tal legislação ofender cláusulas pétreas constitucionais. Sob este aspecto, correta a apreciação meritória da corte. O caráter da *urgência* também se mostrou existente. Isto porque, se constatada violação a direito fundamental (o que não existiu), haveria urgência em se eliminar os efeitos da lei 11.105/2005 para se evitar agressões ao direito tutelado à vida. Por fim, verifica-se que a conclusão meritória do Supremo Tribunal Federal evitou que a discussão da arena política fosse levada a uma última instância indevida. Com efeito, o tema envolveu assídua discussão política quando da confecção da lei 11.105/2005. Os proponentes da ADI se sentiram perdedores na arena política e resolveram driblar a democracia com a presente judicialização da questão. O Supremo Tribunal, no entanto, reconheceu que tal atividade é de ordem tipicamente política, uma vez que não atinge qualquer direito fundamental, razão pela qual julgou totalmente improcedente a demanda.

Em resumo, a atuação judicial que evitou a criação de norma impedindo a aplicação de lei ordinária observou que havia violações aos pontos de segurança.

- a) A criação judicial respeitaria a preferência pela lei? Não (derrogaria lei).
- b) A criação da norma buscava a proteção de direitos fundamentais? Sim.
- c) Havia caráter de urgência? Sim.
- d) O tema é de atividade exclusivamente política? Sim.

#### 3.4. MS N. 27.483/DF – SIGILO JUDICIAL E COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO

Ementas:

1. COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO. Interceptação telefônica. Sigilo judicial. Segredo de justiça. Quebra. Impossibilidade jurídica. Requisição de cópias das ordens judiciais e dos mandados. Liminar concedida. Admissibilidade de submissão da liminar ao Plenário, pelo Relator, para referendo. Precedentes (MS nº 24.832-MC, MS nº 26.307-MS e MS nº 26.900-MC). Voto vencido. Pode o Relator de mandado de segurança submeter ao Plenário, para efeito de referendo, a liminar que haja deferido.

2. COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO – CPI. Prova. Interceptação telefônica. Decisão judicial. Sigilo judicial. Segredo de justiça. Quebra. Requisição, às operadoras, de cópias das ordens judiciais e dos mandados de interceptação. Inadmissibilidade. Poder que não tem caráter instrutório ou de investigação. Competência exclusiva do juízo que ordenou o sigilo. Aparência de ofensa a direito líquido e certo. Liminar concedida e referendada. Voto vencido. Inteligência dos arts. 5º, X e LX, e 58, § 3º, da CF, art. 325 do CP, e art. 10, cc. art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Comissão Parlamentar de Inquérito não tem poder jurídico de, mediante requisição, a operadoras de telefonia, de cópias de decisão nem de mandado judicial de interceptação telefônica, quebrar sigilo imposto a processo sujeito a segredo de justiça. Este é oponível a Comissão Parlamentar de Inquérito, representando expressiva limitação aos seus poderes constitucionais<sup>150</sup>.

<sup>150</sup> Disponível em [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br), acesso em 06.01.2011.

O presente caso possui relevância uma vez que trata de criação de norma que veda a ingerência do Poder Legislativo (em sua vertente fiscalizadora) na atuação e na autoridade do Poder Judiciário. É, portanto, uma situação que anda no caminho oposto ao que costumamos discutir no presente trabalho, que é a ingerência deste naquele.

O autor impugnou ato feito por Comissão Parlamentar de Inquérito que determinava às operadoras de telefonia celular que fornecessem informações relativas a todas as decisões judiciais, inclusive mandados de interceptação telefônica, cumpridas no ano de 2007.

As operadoras de telefonia ficavam em situação de extrema insegurança, pois, se recusassem a determinação da CPI estariam sujeitando-se ao crime de desobediência. Contudo, se fornecessem os dados protegidos pelo segredo de justiça sem autorização judicial, também estariam em conduta tipificada como ilícito penal.

A decisão do STF, portanto, concluiu que o poder instrutório do Legislativo não se equipara ao poder Judicial, não podendo nem quebrar o sigilo telefônico dos clientes de operadoras de telefonia, nem adentrar ao mérito de processos protegidos por segredo de justiça.

No presente caso, há ausência de legislação exclusiva a este respeito, de modo que não houve desrespeito à *preferência pela lei*, forçando o STF a criar norma proibitiva. Por tratar-se de defesa do sigilo judicial e proteção dos direitos de personalidade, dentre eles a proteção à intimidade, trata-se de questão que visa a *proteção de direitos fundamentais*. Como as operadoras de telefonia tinham prazo para cumprir a determinação da CPI, mostra-se evidente o caráter de *urgência*. Por fim, decidiu o STF que a quebra do sigilo telefônico e o sigilo judicial são temas exclusivos do Poder Judiciário, não cabendo a intromissão do Poder Legislativo. Ou seja, não só se trata de ausência de *sub-rogação da atividade exclusivamente política*, como se trata de atividade exclusivamente judicial.

Em resumo, a criação judicial observou os pontos de segurança. Vejamos:

- a) A criação respeita a preferência pela lei? Sim.
- b) A criação da norma busca a proteção de direitos fundamentais? Sim.
- c) Havia caráter de urgência? Sim.
- d) O tema é de atividade exclusivamente política? Não.

## CONCLUSÕES

Após a exposição acima, com um delineamento histórico da sociedade brasileira, bem como da magistratura e do aparato normativo pátrios, as necessidades ora presentes, a consequente divisão do poder e o destaque de cada uma das casas, optamos por apresentar a conclusão como respostas diretas às indagações prévias, que foram objeto de impulsão à pesquisa do presente estudo. Vejamos:

1. Em relação à atual composição da magistratura, verifica-se que esta se encontra em transformação. Segundo as pesquisas elaboradas pela Associação dos Magistrados Brasileiros, o quadro de juízes no Brasil está se rejuvenescendo, o público feminino aumentando e, em decorrência da introdução nos currículos das faculdades de Direito das cadeiras de Sociologia do Direito, modernização da Teoria Geral do Direito, Teoria do Estado e Filosofia do Direito, o pensamento vem se aproximando do que se pretende em um Estado Constitucional de Direito. Ademais, o magistrado provém das diversas classes sociais, culturais e etnias, demonstrando um reflexo da atual sociedade brasileira, mostrando-se bem mais integrado ao próprio povo, notadamente quando comparado aos primeiros magistrados brasileiros, pertencentes a uma elite política, quando não provenientes de Portugal, em total alienação social.

2. No que diz respeito à função do Poder Judiciário no atual estágio republicano, como se verifica da explanação acima, o poder judiciário atual não pretende mais a mera solução de conflitos entre as partes que porventura batam as portas do judiciário. A atuação do Judiciário atual almeja os próprios fins do Estado, notadamente encampados na busca pela preservação dos direitos fundamentais. As discussões jurídicas não se limitam a análises meramente técnicas, normalmente de transferência de propriedade, mas, de forma mais profícua, a atuação dos magistrados tem como escopo a garantia da dignidade humana, o que faz a magistratura se envolver em diversos temas extrajurídicos, como a política, sociologia, religião, macroeconomia etc.

3. Relativamente à dúvida sobre a participação do magistrado no processo, se como mero expectador ou como parte atuante, como também delineado acima, com resposta já esperada, em um Estado Constitucional de Direito que tem por escopo a garantia dos direitos fundamentais e a dignidade humana, a atuação do magistrado não pode ser a de um mero expectador do processo, limitando-se a conceder tratamento igual às partes. Ao magistrado cabe atuar, buscando a verdade real e as garantias constitucionais. Para tanto, o magistrado

tem o dever de informar as partes, trazer elementos à discussão, inclusive extrajurídicos se necessários.

4. Já que é um ente atuante, mais que isso, que tem o dever constitucional de atuar no processo, cumpre-nos concluir se está a magistratura atual extrapolando seu desiderato ou mantém a distribuição harmônica do poder.

Como visto nos julgados do capítulo anterior, observa-se que o poder judiciário, notadamente o Supremo Tribunal Federal, tem respeitado os motes de segurança apresentados, ora criando o Direito sem desrespeitar a atuação do legislativo (*preferência pela lei*), apenas para garantir os direitos fundamentais e em caráter de urgência, e sem fazer as vezes da arena política, o que supriria o caráter democrático da produção do Direito.

5. Feitas tais considerações, tem-se por respondida a pergunta central do presente trabalho, especificada nos limites da atuação judicial quando em atividade criativa. Enfim, vencidas as etapas de interpretação de leis, resolução de antinomias e valoração e ponderação do juízo, em um processo onde tenha o magistrado que inovar, usar de seu poder criativo, é importante que tome algumas cautelas para não extrapolar suas funções nem invadir a esfera privativa de outra casa. Primeiramente, concluímos que o magistrado deve dar (a) *preferência à lei*, quando em confronto com um princípio de igual hierarquia, como forma de respeito à atuação legítima do Poder Legislativo. Inexistente ou vencido tal conflito (entre lei e princípio), deve-se ter em conta que (b) *a atuação ou omissão do legislativo ao caso concreto deve resultar em violação a direitos fundamentais*, os quais devem ser restabelecidos pelo Judiciário. Para tanto, deve haver ainda (c) *caráter de urgência*, pois, se não há urgência, não há violação, talvez uma expectativa de violação a longo prazo, algo que pode ser sanado pelo Legislativo. Por fim, tem-se como mote que o magistrado (d) *evite atuar com sub-rogação da atividade política*. O judiciário não pode atuar como palco de última instância das discussões exclusivas da arena política. O judiciário deve privilegiar a discussão política, não podendo alterá-la apenas por ter opinião diversa da maioria das casas, o que fatalmente implicaria uma violação do princípio democrático.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Roberto. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2007.
- BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Revista Atualidades Jurídicas, Ed. Nº 4, jan/fev-2009, Brasília: OAB Editora, 2009.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19ª edição, São Paulo: Saraiva, 1998.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BELAID, Sadok. *Essai sur le pouvoir createur et normatif du juge*. Paris: Librairie Generale de Droit et Jurisprudence, 1974.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 8ª edição, São Paulo: Malheiros, 2007.
- BREMMER, Ian. *A nova guerra fria*. Revista Exame, São Paulo: Editora Abril, Ano 44, n. 24, Edição 983, de 29.12.2010.
- BRUM, Francisco Valle. *A jurisdição constitucional concentrada e o princípio da separação funcional do poder. A dificuldade contramajoritária*. Revista Buscalegis, Florianópolis: UFSC. Disponível em: [HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10792](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10792), acesso em 06.10.2008.
- CABRAL diz não ter dúvida de que emenda dos royalties será vetada. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 16.06.2010, disponível em [www1.folha.uol.com.br](http://www1.folha.uol.com.br), acesso em: 13.07.2010.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor.
- CARVALHO, Amilton Bueno. *Magistratura e direito alternativo*. 3ª Ed., Niterói: Luam, 1996.

- CASTORIADIS, Cornelius. *A polis grega e a criação da democracia*. Disponível em: <http://www.fflch.usp.br/dh/heros/excerpta/castoriadis/democracy.htm>, acesso em 20.10.2010.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 14ª edição, São Paulo: Malheiros, 1998.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 737, 1997, pp. 11-22.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano*. 20ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 9ª edição, Salvador: Jus Podivm, 2008.
- FACCHINI NETO, Eugênio. *O judiciário no mundo contemporâneo*. Palestra proferida à Escola Judicial do TRT do Espírito Santo em 18.06.2010, disponível em: [www.trtes.jus.br/escolajudicial](http://www.trtes.jus.br/escolajudicial), acesso em 21.06.2010.
- GOUVEIA, Lúcio Grassi de. *Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real*. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, n. 6, p. 47-59, set. 2003.
- GRASSO, Eduardo. *La collaborazione nel processo civile*. Rivista di Diritto Processuale, n. 21, p. 580-609, 1966.
- REESE-SCHÄFER, Walter. *Compreender Habermas*. Trad. Vilmar Schneider, Petrópolis: Editora Vozes, 2009.
- HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 135.
- LOCKE, John. *The Second Treatise of Civil Government*, 1690, in: <http://www.constitution.org/jl/2ndtreat.htm>. Acesso em 20.05.2010.
- MARTINS-COSTA, Judith. *Bioética e Dignidade da Pessoa Humana: Rumo à Construção do Biodireito*, in: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 18, 2000, p. 156, nota de rodapé n. 9.
- MONTEIRO, Jorge Vianna. *A conjuntura das escolhas públicas*. Revista de Administração Pública, Vol. 40, nº 5, Rio de Janeiro: FGV, pp. 945-958.

- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 5ª edição, São Paulo: Atlas, 2005.
- MORO, Cássio Ariel. *A distribuição do encargo probatório nos processos coletivos*. In: ZAGANELLI, Margareth Vetis. (coordenadora). *Processo, verdade & justiça: estudos sobre a prova judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- MORRIS, Christopher W. *Um ensaio sobre o Estado moderno*. Trad. Sylmara Beletti, São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 45.
- MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*. Trad. CAMARGO, Jefferson Luiz. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *A questão do dissídio coletivo “de comum acordo”*. Revista LTr, nº 70-06, pp. 647-656, junho/2006.
- NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado*. 4ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Teoria e prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. *Jurisdição constitucional na Constituição Federal de 1988: entre ativismo e autocontenção*. Curitiba: Revista Direitos Fundamentais & Democracia (Unibrasil), Vol. 2, 2007.
- RIBEIRO, Fábio Túlio Correia; CAVALCANTE, Henrique Costa. *O realismo jurídico*. Revista da ESMESE, Nº 07, 2004, pp. 301/322.
- ROSENN, Keith S. *O jeito na cultura jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- SADEK, Maria Tereza. *Magistrados: uma imagem em movimento*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2006.
- SANTOS, Samuel Martins dos. *Paradoxo da primeira república do Brasil: entre a ordem jurídica e a identidade nacional*. Curitiba: Juruá, 2008.
- SILVA, Edson Braz. *Aspectos processuais e materiais do dissídio coletivo frente à Emenda Constitucional n. 45/2004*. Revista LTr, nº 69-09, pp. 1.040-1.041, Setembro/2005.
- TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 14ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998.
- TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *A justiça do trabalho e a Emenda Constitucional n. 45/2004*. Revista LTr, nº 69-01, p. 21, janeiro/2005.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracy in America*. New York: Mentor Books, 1956.

- WOLKMER, Antonio Carlos (organizador). *Fundamentos de história do direito*. 4. Ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do Direito*. 2. Ed., São Paulo: Alfa Omega, 1997.
- VERNANT, Jean-Pierre. *As origens do pensamento grego*. 19.<sup>a</sup> edição, Trad. Isis Borges B. da Fonseca, Rio de Janeiro: Difel, 2010.
- VICENTE FERNANDEZ, Alberto. *Funcion creadora del juez*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1980.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista DireitoGV, jul/dez-2008, disponível em [www.direitogv.com.br](http://www.direitogv.com.br), acesso em 09.02.2010.
- ZANETI JUNIOR, Hermes. *Processo constitucional – o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.