

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS – UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL DOUTORADO**

LETÍCIA MOUSQUER RITTER

**O PAPEL DO JUIZ NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:
perspectivas epistemológicas da função judicial no século XXI**

São Leopoldo
2016

LETÍCIA MOUSQUER RITTER

**O PAPEL DO JUIZ NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:
perspectivas epistemológicas da função judicial no século XXI**

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutora em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

Orientador: Prof. Pós-Doutor Darci Guimarães Ribeiro

São Leopoldo
2016

R614p Ritter, Letícia Mousquer.
O papel do juiz no Estado Democrático de Direito:
perspectivas epistemológicas da função judicial no século
XXI / por Letícia Mousquer Ritter. – 2016.
232 f.; 30 cm.

Tese (doutorado) – Universidade do Vale do Rio dos
Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2016.
“Orientação: Prof. Pós Dr. Darci Guimarães Ribeiro.”

1. Direito - Filosofia. 2. Hermenêutica (Direito).
3. Argumentação jurídica. 4. Estado. 5. Juízes – Brasil.
6. Poder judiciário – Brasil. I. Título.

CDU 340.12

Catálogo na Publicação:
Bibliotecária Fabiane Pacheco Martino - CRB 10/1256

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada: “O PAPEL DO JUIZ NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: PERSPECTIVAS EPISTEMOLÓGICAS DA FUNÇÃO JUDICIAL NO SÉCULO XXI”, elaborada pela doutoranda **Letícia Mousquer Ritter**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTOR EM DIREITO.

São Leopoldo, 06 de abril de 2016.

Leudo

Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**,

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Darci Guimarães Ribeiro *Darci Guimarães*

Membro: Dr. Francisco José Borges Motta *Francisco José Borges Motta*

Membro: Dra. Elaine Harzheim Macedo *Elaine Harzheim Macedo*

Membro: Dr. Marciano Buffon *Marciano Buffon*

Membro: Dra. Maria Eugênia Bunchaft *Maria Eugênia Bunchaft*

Para Marina,
amor da minha vida!

AGRADECIMENTOS

Ao chegar à reta final do curso de doutorado cumpre agradecer àqueles que possibilitaram a conclusão desta jornada. Escrever uma tese implica em algumas renúncias que somente são possíveis com o auxílio das pessoas que compartilham do mesmo sonho.

Então, aqui fica meu profundo agradecimento aos meus pais, Oto e Cleonice, que me ensinaram que o estudo é uma das maiores riquezas do ser humano e, com isso, me incentivaram a conquistar toda etapas deste árduo processo de estudos.

Igualmente agradeço ao Paulinho, que incentivou a luta para cursar o doutorado, suportou as horas de ausência, segurou as pontas no financeiro e redobrou os cuidados com a Marina para que eu dispusesse de tempo para escrever.

Agradeço aos professores do PPG da Unisinos, em especial ao Darci Guimarães Ribeiro, que me orientou neste caminho com muita sabedoria, sempre aberto ao diálogo franco e fraterno.

Agradeço também aos colegas do doutorado, em especial a Daiane, Tássia, Williane e André, que ao compartilhar esta caminhada, dividir angústias e conquistas, fizeram que ela se tornasse mais leve.

Agradeço ainda aos meus alunos, que inúmeras vezes proporcionaram um debate sobre os conteúdos versados na tese, expondo novas pontos de vista, contribuindo para o repensar dos argumentos.

Por fim, e não menos importante, agradeço a Deus, que me deu forças para conquistar meu sonho e, nesta puxada reta final, me presenteou com a minha amada filha Marina.

RESUMO

As contínuas transformações da sociedade, em especial com o advento do Estado Democrático de Direito, proporcionaram uma profunda alteração na atuação dos juízes e tribunais. O novo paradigma constitucional deslocou o polo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo para o Poder Judiciário, fazendo com que os juízes, passem a ter a responsabilidade de fazer cumprir materialmente o pacto constitucional. Dentro desta perspectiva surge o juiz como ator determinante na efetiva criação do direito e na solução das legítimas pretensões sociais, realizando a democracia quando resolvido o caso apresentado ao Poder Judiciário. Entretanto, tal aumento da atuação do Poder Judiciário foi recepcionado na cultura brasileira como a afirmação de um necessário protagonismo judicial. A politização da justiça decorrente da expansão da jurisdição constitucional, acabou por conduzir os juízes a deixar de realizar julgamentos jurídicos, necessariamente calcados em argumentos e parâmetros de validade de natureza jurídico-constitucional, os levando a decidir com base em critérios pessoais. A sociedade passou, então, a defrontar-se não mais com a judicialização das relações sociais, mas com fenômeno distinto denominado como ativismo judicial. A questão central que se apresenta, então, é de saber quais as bases que legitimam democraticamente o Judiciário, na medida em que este Poder não advém do sufrágio universal como nas outras esferas de poder. Ou seja, trata-se de perquirir a acerca do papel funcional do Poder Judiciário, centrado na figura do juiz, justamente por este ser um órgão desprovido de controle político, sequer daqueles de natureza institucional, e que precisa colidir aos interesses da soberania. O estudo desenvolve-se como forma de propiciar uma análise acerca do processo de interpretação da norma, na medida em que a tomada da decisão judicial necessariamente passa por este processo. Diante disso aponta para a superação da crise interpretativa através da hermenêutica filosófica e, também adefere qual o papel dos princípios para resguardar a autonomia do direito. Buscando contextualizar um debate contemporâneo sobre o problema do ativismo judicial brasileiro, na tentativa

de empreender um estudo que possibilite a análise de prováveis respostas ao problema do protagonismo judicial e da urgência de uma teoria judicial que esteja adequada a fornecer respostas corretas no vigente Estado Democrático de Direito, como forma de recorte do tema, serão abordados os elementos que propulsionam o ativismo judicial arbitrário: a indefinição do conceito de princípio, a problemática da distinção estrutural entre regra e princípio e a conseqüente profusão de princípios. Esses elementos, além de proporcionarem uma atuação ativista do magistrado, servem como pano de fundo para a análise do problema proposto a estudo na presente tese: qual o papel do juiz no Estado Democrático de Direito, pode o magistrado ter uma postura mais ativista sem que ponha em risco o Estado Democrático de Direito? Ou seja, a pesquisa visa a abordar as perspectivas sobre a função jurisdicional da magistratura no século XXI.

Palavras chave: princípios – interpretação – hermenêutica – filosofia - juiz.

ABSTRACT

The continuous changes in society, especially with the advent of democratic rule of law, provided a profound change in the role of judges and courts. The new constitutional paradigm shifted voltage pole of the executive and legislative powers to the judiciary, making the judges start to have a responsibility to materially comply with the constitutional pact. From this perspective comes the judge as an actor determining the effective creation of the right solution and the legitimate social claims, conducting democracy when solved the case presented to the courts. However, such an increase in the judiciary action was approved in Brazilian culture as the affirmation of a necessary judicial role. The politicization of justice due to the expansion of constitutional jurisdiction, eventually led the judges to stop performing legal judgments necessarily grounded on arguments and parameters of validity of legal and constitutional nature, leading to decide based on personal criteria. The company then began to face is no longer with the judicialization of social relations, but with distinct phenomenon termed as judicial activism. The central question that arises, then, is to know what the basis that democratically legitimated the judiciary, to the extent that this power does not come from the universal suffrage as in other spheres of power. That is, it is to assert the about the functional role of the judiciary, centered on the judge's figure, precisely because it is a body devoid of political control, even those of an institutional nature, and that needs to collide with the interests of sovereignty. The study is developed as a way to provide an analysis of the interpretation of the standard process in that the decision of the court decision necessarily goes through this process. Therefore points to overcome interpretative crisis by philosophical hermeneutics and also receives the role of the principles for protecting the autonomy of law. Seeking contextualize contemporary debate about the problem of the Brazilian judicial activism in an attempt to undertake a study to enable analysis of likely responses to the problem of judicial prominence and urgency of a legal theory that is adequate to provide correct answers in the current democratic

state Law as a way to cut theme, will address the elements that propel the arbitrary judicial activism: the vagueness of the concept of principle, the problem of structural distinction between rule and principle and the consequent profusion of principles. These elements, in addition to providing an activist role of the magistrate, serve as a backdrop for the analysis of the problem proposed the study in this thesis: the role of the judge in a democratic state, can the judge take a more activist stance without endangers the democratic rule of law? That is, the research aims to address the prospects of the judiciary of the judicial function in the twenty-first century.

Keywords: principles - interpretation - hermeneutics - philosophical – judge.

RESUMEN

Los continuos cambios en la sociedad, especialmente con el advenimiento de Estado democrático de derecho, siempre un profundo cambio en el papel de los jueces y tribunales. El nuevo paradigma constitucional cambió polo de tensión de los poderes ejecutivo y legislativo al poder judicial, por lo que los jueces empiezan a tener la responsabilidad de cumplir materialmente con el pacto constitucional. Desde esta perspectiva viene el juez como actor determinante la creación efectiva de la solución correcta y en las reivindicaciones sociales legítimas, la realización de la democracia cuando resuelto el caso presentado ante los tribunales. Sin embargo, este aumento de la acción judicial fue aprobada en la cultura brasileña como la afirmación de una función judicial necesaria. La politización de la justicia debido a la expansión de la jurisdicción constitucional, finalmente llevó a los jueces a dejar de realizar juicios legales necesariamente a tierra en argumentos y parámetros de validez del orden jurídico y constitucional, lo que lleva a decidir sobre la base de criterios personales. Entonces, la empresa comenzó a cara ya no está con la judicialización de las relaciones sociales es, pero con distinta fenómeno denominado como el activismo judicial. La cuestión central que se plantea, entonces, es saber cuál es la base de que democráticamente legitimado el poder judicial, en la medida en que este poder no viene de sufragio universal como en otras esferas de poder. Es decir, se trata de hacer valer el sobre el papel funcional del poder judicial, centrada en la figura del juez, precisamente porque es un cuerpo carente de control político, incluso las de carácter institucional, y que tiene que chocar con los intereses de la soberanía. El estudio se desarrolló como una forma de proporcionar un análisis de la interpretación del proceso estándar en que la decisión de la decisión judicial va necesariamente a través de este proceso. Por lo tanto apunta a superar la crisis interpretativa por la hermenéutica filosófica y también recibe el papel de los principios de la protección de la autonomía del derecho. Buscando contextualizar el debate contemporáneo sobre el problema del activismo judicial de Brasil en un intento de realizar un estudio para permitir el análisis de las respuestas posibles al problema de protagonismo judicial y la urgencia de una teoría legal que es adecuado

para proporcionar respuestas correctas en el estado democrático actual ley como una manera de reducir el tema, se dirigirá a los elementos que impulsan el activismo judicial arbitraria: la vaguedad del concepto de principio, el problema de la distinción estructural entre la regla y el principio y el consecuente profusión de principios. Estos elementos, además de proporcionar un papel activo del juez, sirven como telón de fondo para el análisis del problema propuesto el estudio en esta tesis: el papel del juez en un estado democrático, el juez puede adoptar una postura más activa y sin pone en peligro el estado de derecho democrático? Es decir, la investigación tiene como objetivo hacer frente a las perspectivas del poder judicial de la función judicial en el siglo XXI.

Palabras clave: principios - interpretación - hermenéutica – filosofica - juez.

SUMÁRIO

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	15
2 O PROCESSO E O PODER DE JULGAR.....	23
2.1 O juiz: entre a constituição e as modificações no perfil do juiz.....	37
2.2 O poder de Julgar: a tomada da decisão judicial e o protagonismo judicial	64
3 O PROTAGONISMO JUDICIAL: A DECISÃO COMO FONTE CRIATIVA DE DIREITO.....	87
3.1 A indefinição do conceito de princípio como pano de fundo.....	94
3.2 A profusão de princípios e a fragilização da autonomia do Direito	117
4 A RECUPERAÇÃO DA AUTONOMIA DO DIREITO.....	145
4.1 A superação da crise revelada pela Hermenêutica Filosófica	151
4.2 As transformações do papel do juiz e as limitações de suas possibilidades interpretativas: o papel dos princípios para resguardar a autonomia do direito	168
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	205
REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO	215

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Diante das contínuas transformações da sociedade, em especial com a mudança da concepção de Estado Social para Estado Democrático de Direito, bem como através da positivação de novos direitos e a rearticulação de conceitos fundamentais de democracia, cidadania, dignidade, dentre outros, culminaram no deslocamento do polo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo para o Poder Judiciário.

Ainda, com a concepção de democracia, como realização de valores positivados na Constituição de 1988, o Judiciário passou por alterações significativas em sua formatação, passando da mera função de aplicador das leis ao compromisso de concretizar os direitos constitucionalmente tutelados. Ou seja, com o advento do Estado Democrático de Direito, além de se exigir uma postura renovada do Estado frente à necessidade de incorporação dos direitos fundamentais, impôs-se a necessidade de repensar o sistema de tutela destes direitos, o que acabou por exigir uma ampla atuação do Judiciário.

Com efeito, para cumprir as promessas albergadas na Constituição, não era mais possível admitir-se a manutenção do ordenamento jurídico nos padrões anteriores e tampouco esperar que a atuação do Judiciário se desse nos

mesmos níveis do modelo estatal anterior. Com isso, o novo paradigma constitucional proporcionou uma profunda alteração na atuação dos juízes e tribunais. Em razão disso, os juízes, que anteriormente tinham apenas a tarefa de controlar, por meio de parâmetros constitucionais, o processo legislativo, agora têm a responsabilidade de fazer cumprir materialmente o pacto constitucional.

Dentro desta perspectiva surge o juiz como ator determinante na efetiva criação do direito e na solução das legítimas pretensões sociais, realizando a democracia quando resolvido o caso apresentado ao Poder Judiciário. O processo decisório, assim, revela-se elemento constitutivo da dimensão democrática do Estado de Direito, garantindo ao cidadão um espaço real de liberdade e de efetiva autodeterminação indispensáveis ao exercício da cidadania.

Entretanto, tal aumento da atuação do Poder Judiciário foi recepcionado na cultura brasileira como a afirmação de um necessário protagonismo judicial. Mais do que isso, essa maior interferência vem sendo majoritariamente propagada a título de ativismo judicial arbitrário, perpetrado, principalmente, pelo uso indiscriminado dos princípios jurídicos.

A politização da justiça decorrente da expansão da jurisdição constitucional, acabou por conduzir os juízes a deixar de realizar julgamentos jurídicos, necessariamente calcados em argumentos e parâmetros de validade de natureza jurídico-constitucional, os levando a decidir com base em critérios pessoais. A sociedade passou, então, a defrontar-se não mais com a judicialização das relações sociais, mas com fenômeno distinto denominado como ativismo judicial.

A questão central que se apresenta, então, é de saber quais as bases que legitimam democraticamente o Judiciário, na medida em que este Poder não advém do sufrágio universal como nas outras esferas de poder. Ou seja, trata-se de perquirir a acerca do papel funcional do Poder Judiciário, centrado na figura do juiz, justamente por este ser um órgão desprovido de controle político, sequer daqueles de natureza institucional, e que precisa colidir aos interesses da soberania.

Para solver o problema, a pesquisa foi estruturada em três capítulos. Como ponto de partida, com a finalidade de investigar qual o grau interventivo do Poder Judiciário albergado na Carta Constitucional, a pesquisa aborda, no capítulo inicial, o processo e o poder de julgar, com o fito de verificar os perfis de magistratura delineados na história, bem como analisar quais posturas lhe são permitidas no processo decisório. Portanto, o objetivo central do capítulo inicial é verificar quais comportamentos vem sendo observados na realidade jurídica da magistratura que culminam em protagonismos, e se, contemporaneamente o texto constitucional os admite e, ainda, se coadunam ao conceito de democracia.

Para análise das modificações do perfil da magistratura, o presente estudo abordada brevemente a raiz histórica dos perfis da magistratura. Preliminarmente em um contraponto entre os “Juízes Oráculos da Lei” e os juízes “Boca da Lei”, para que, em momento posterior sejam analisados os perfis de magistratura sugeridos na doutrina jurídica contemporânea como ideais. Estes últimos centram-se nos modelos apresentados por Ronald Dworkin¹, que idealiza o juiz filosófico Hércules, e as derivações de contraponto a seu modelo de magistrado abordadas por Marcelo Neves², que propõem o magistrado ideal lolau; François Ost³, que discorre sobre três perfis de juízes: Júpiter, Hércules e Hermes; e Cass R. Sunstein⁴, que traça o perfil dos juízes da Suprema Corte Americana a partir da posição que assumem nos julgamentos em os heróis (heroes), os soldados (soldiers), os minimalistas (minimalists) e os mudos (mutes).

Em um segundo momento, no item 2.2, aborda-se o processo de tomada das decisões judiciais ao longo da evolução do Estado, com o fito de, verificar se contemporaneamente estamos diante de um protagonismo/ativismo judicial, este relacionado a uma participação mais ampla e intensa por parte do Poder Judiciário na concretização de valores e fins constitucionais, implicando uma

¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes. 2011, p. 165.

² NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

³ OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*. In: *Academia: Revista sobre enseñanza del Derecho*. Año 4, número 8, 2006, p. 101.

⁴ SUNSTEIN, Cass R. *Constitutional Personae*. Disponível em: <<http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:16217272>>. Acesso em 02 mar 2015.

maior interferência nas esferas de atuação dos demais poderes da federação. Igualmente serão observados quais eram os comportamentos permitidos aos magistrados no decorrer das mudanças político-sociais do Estado, tendo em vista que o processo de tomada da decisão jurídica sempre foi fortemente influenciado pelo momento político-social de atuação do magistrado. Como forma de observar a estreita conexão entre as transformações do papel do Estado com a efetivação de direitos de forma paternalística, tal estudo propiciará a abordagem da problemática acima referida através da construção das raízes históricas das razões pelas quais os magistrados acabaram por exercer uma função pela qual não estão legalmente habilitados: criar o direito.

Posteriormente, no segundo capítulo, o estudo desenvolve-se como forma de propiciar uma análise acerca do processo de interpretação da norma, na medida em que a tomada da decisão judicial necessariamente passa por este processo. Considerando-se que o eixo central da pesquisa insere-se na problemática do protagonismo judicial e na necessidade de teoria judicial adequada ao Estado Democrático de Direito, como forma de delimitação do estudo, o trabalho aborda um dos elementos que propulsores do ativismo judicial: decisões fundamentadas substancialmente em princípios, que acabam por afastar ou mesmo negar a aplicabilidade de regras específicas.

Tendo em vista que o ordenamento jurídico revela, implícita e explicitamente, a existência de princípios, a pesquisa visa a estudar quais os limites de atuação do Poder Judiciário na criação do direito através dos princípios jurídicos, sendo que o objeto de estudo do capítulo é a utilização dos princípios nas decisões judiciais como capas de sentido. Para solver o tema proposto à análise, no primeiro momento, no item 3.1, verifica-se a problemática da indefinição do conceito de princípio na doutrina, fato que acarreta a multiplicidade de usos dos princípios e a possibilidade de abertura hermenêutica que isto proporciona a decisão judicial.

Com a finalidade de realizar um recorte do tema, a pesquisa empreenderá o estudo da doutrina do campo processual civil, objetivando-se principalmente dos doutrinadores citados nas decisões emanadas nos tribunais

pátrios, bem como as principais doutrinas utilizadas nos bancos acadêmicos brasileiros, cuja base foi extraída das ementas curriculares da disciplina de direito processual civil I (disciplina que tem por fundamento inserir os conceitos básicos da noção de processo civil, incluso o conceito de princípio). A intenção é demonstrar que a doutrina que se ensina nos bancos acadêmicos ainda finca raízes no positivismo, pois nelas o conceito de princípio longe está de uma determinação rigorosa, aparecendo como ponto de convergência das mais distintas posições. Também busca visualizar a proliferação dos princípios nestas obras, demonstrando-se o grande número de princípios adjetivadores que nelas constam.

Ainda no item 3.1, tendo em vista que a distinção entre regra e princípio no cenário doutrinário tem sua justificativa na recepção da teoria da ponderação de Robert Alexy⁵, a pesquisa analisa sua doutrina no tocante ao assunto, realizando-se um estudo comparativo com a teoria desenvolvida por Ronald Dworkin⁶, na medida em que o embate destas teorias problematiza os pressupostos que operam ocultamente no conceito de princípio, e também, porque o conceito de princípio ocupar lugar privilegiado nestas teorias e o tratamento abordado nelas mostra-se diametralmente oposto.

Já no item 3.2, a indefinição do conceito de princípio e a indefinição estrutural entre regras e princípios serão abordadas como pano de fundo para a proliferação do uso dos princípios jurídicos, fato que fomenta a propagação de decisionismos arbitrários e fragiliza a autonomia do direito. Assim, cuidará o item de abordar a problemática da proliferação de princípios, objeto de críticas por parte de doutrinadores como Luigi Ferrajoli⁷; Lenio Streck⁸; Eros Grau⁹; Humberto Ávila¹⁰,

⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002; DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000; DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010; DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2011; e DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Trad. de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012.

⁷ FERRAJOLI, Luigi (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.

dentre outros¹¹. Todos destacam que com a profusão dos princípios ocorre uma fragilização daquilo que é o ponto central do novo direito: a sua autonomia, na medida em que a profusão de princípios proporciona-nos uma falsa saída, a saída do positivismo, que aposta em subsunções de ementas, na interpretação criativa do direito, tida como aquela que vai além da análise da simples "intenção do autor da norma" ou da "vontade do legislador".

Neste capítulo analisa-se, também, a abertura interpretativa propiciada pelo uso indiscriminado dos princípios, que através da indeterminação de seu conceito e de sua indistinção das regras, culmina no fenômeno da profusão de princípios e no protagonismo judicial através das decisões judiciais. Para tanto, serão analisadas a fundamentação de algumas decisões judiciais preferidas pelos tribunais pátrios, como forma de visualizar a objetificação do processo interpretativo, calcada na utilização dos princípios jurídicos como capas de sentido.

Naquilo que os princípios jurídicos procuraram inovar na compreensão do direito, acabaram por reproduzir uma ótica subjetivista e individualista, típico do modelo de aplicação das regras, colocando, no final das contas, o seu sentido normativo na consciência do julgador como sujeito da razão. Todavia, o conhecimento jurídico não pode ser produto de apenas um intelecto, do julgador, e aquilo que este entende sobre o mundo, mas requer uma publicização do sentido, como forma intersubjetiva de controle das normas jurídicas.

Isso por que o protagonismo judicial esbarra na garantia fundamental constitucional de fundamentação das decisões jurídicas. Na medida em que a Constituição Federal consagrou em seu art. 93, inciso IX o princípio segundo o

⁹ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. 2006; e GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2013.

¹⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed., 2005 e ÁVILA, Humberto. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. In Revista Diálogo Jurídico Ano I. vol. I. n.º. 4. Julho de 2001. Salvador: Bahia, 2001.

¹¹ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008; HOMMERDING, Adalberto Narciso e MOTTA, Francisco José Borges. *Princípios e Regras: um problema epistemológico ou hermenêutico*. In Anais do III Congresso de Direito, Multiculturalismo e Cidadania – I Encontro Regional de Antropologia e Direito. Santo Ângelo: FURI, 2009.

qual é necessidade imperativa a fundamentação de toda decisão judicial ao preconizar que todos os julgamentos do Poder Judiciário serão públicos, e que todas as decisões serão fundamentadas, sob pena de nulidade, qualquer decisão proferida que assim não a faça, ou mesmo que a faça sem o devido cuidado, esbarra nesta garantia e fere a autonomia do direito.

Nesse desiderato, exsurge a necessidade de ultrapassar o modo positivista de fundamentar impondo-se a necessidade de justificar detalhadamente o que está sendo decidido, papel princípios devem assumir o espaço de controle das decisões judiciais, ao contrário do uso contemporâneo e das consequências advindas de uso indiscriminado. Na medida em que não há mais espaço para que a convicção pessoal do juiz escancarada no uso das teses principiológicas, podemos inferir que os princípios tem o papel de resguardar a autonomia do direito na medida em que inserem a moral plasmada na comunidade no seio do Direito.

Essas conjecturas serão objeto de análise do terceiro capítulo, que, no primeiro momento apontará para a superação da crise interpretativa através da hermenêutica. Como forma de demonstrar que a superação da crise do processo interpretativo propiciada pelos princípios jurídicos pode ser revelada através da hermenêutica, em especial a hermenêutica filosófica, a pesquisa aborda como base o trabalho de Hans-Georg Gadamer¹², que aprimorou os estudos constantes na obra de Martin Heidegger¹³. Os estudos de Heidegger e de Gadamer giram em torno de um universo em que a reflexão hermenêutica está relacionada ao mundo da experiência, da pré-compreensão, do mundo em que nós somos e nos compreendemos como seres racionais a partir da estrutura prévia de sentido. Assim, é com base nessa estrutura prévia de sentido que somos capazes de compreender as coisas do mundo que nos cerca.

Já no item final do estudo aborda-se a crise das transformações do papel do juiz e as limitações de suas possibilidades interpretativas, para que se possa, ao fim, verificar qual o papel dos princípios para resguardar a autonomia do

¹² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método, Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.

¹³ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Rio de Janeiro: Vozes, 1999.

direito. A abordagem acerca da necessidade de implantar um novo paradigma interpretativo para superação do positivismo, com o desenvolvimento de uma teoria voltada para o contexto brasileiro é a abordagem do item final do estudo, na medida em que, as teorias jurídicas tradicionais, e sobre as quais a dogmática jurídica brasileira está enraizada, foram moldadas de acordo com as necessidades da sociedade do século XIX, cujo cariz positivo-normativista considerava a possibilidade de a razão organizar as esferas de conhecimento. No entanto, a partir do pós-positivismo e da virada linguística, se percebe que a realidade se mostra muito diferente daquela plasmada na sociedade pré-industrial que sustentou o positivismo. E o Direito não pode estar alheio à faticidade e à invasão da linguagem ocorrida na filosofia, urgindo a necessidade de se repensar a construção do saber jurídico, com o desenvolvimento de uma teoria jurídica apta a contemplar a realidade cultural brasileira e, com isso, abordar uma possível saída para o problema que o estudo se dispôs a solver: saber qual o papel do juiz no Estado Democrático de Direito.

Buscando contextualizar um debate contemporâneo sobre o problema do ativismo judicial brasileiro, na tentativa de empreender um estudo que possibilite a análise de prováveis respostas ao problema do protagonismo judicial e da urgência de uma teoria judicial que esteja adequada a fornecer respostas corretas no vigente Estado Democrático de Direito, a presente tese aborda, portanto, um estudo sobre os elementos que propulsionam o ativismo judicial arbitrário: a indefinição do conceito de princípio, a problemática da distinção estrutural entre regra e princípio e a consequente profusão de princípios. Todos esses elementos, além de proporcionarem uma atuação ativista do magistrado, servem como pano de fundo para a análise do problema proposto a estudo: qual o papel do juiz no Estado Democrático de Direito, pode o magistrado ter uma postura mais ativista sem que ponha em risco o Estado Democrático de Direito? Ou seja, a pesquisa visa a estudar quais os limites de atuação do Poder Judiciário na criação do direito através dos princípios jurídicos, como forma de auferir se há ou não uma invasão deste Poder no espaço político.

2 O PROCESSO E O PODER DE JULGAR

As contínuas transformações da sociedade modificaram o Constitucionalismo¹⁴ ao longo dos tempos, especialmente no que se refere à ampliação da esfera de atuação do Poder Judiciário. A mudança da concepção de Estado Social (com seu viés intervencionista e controlador, que, em suma e nas palavras de Bonavides: “estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual”¹⁵) para Estado

¹⁴ Conforme Canotilho o constitucionalismo é, simultaneamente, uma teoria ou ideologia e um movimento que, sob a influência do Iluminismo e do Contratualismo, estrutura a organização política a partir do princípio do governo limitado como indispensável para a garantia dos direitos. Apresenta-se como uma teoria normativa da política contra o absolutismo, pregando que o Direito limita o poder Estatal. Logo, a liberdade, como sentido axiológico inicial do constitucionalismo, fundamentou a ideia da Constituição como a lei para reger o Estado. Tem como traços marcantes a Organização do Estado e a Limitação do seu poder. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Lisboa: Almedina, 1998, p. 51. Necessário citar que em sua obra “*Brançosos*” o autor revela certo pesar com seu “constitucionalismo dirigente”, ao traspasar certo grau de decepção com o problema do dirigismo de ter centralizado as promessas sociais do Estado na Constituição, que acabou por se revelar como uma “bíblia de promessas”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *“Brançosos” e a interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Lisboa: Almedina, 2008, p. 30/40.

¹⁵ Para Paulo Bonavides a grande revolução que se verificou nos últimos tempos foi a revolução do Estado social. Essa forma de Estado é, para ele, sob o prisma democrático, a melhor escolha que se pode fazer, especialmente quando os mesmos conflitos havidos nos séculos XVIII e XX, sob novas roupagens, na sociedade contemporânea (desordem e guerra de mercados; barreiras protecionistas; economias recessivas). Bonavides elucida que o Estado Social, na medida em que é um ente que cria direitos do trabalho, de previdência social, de educação, é um Estado “que intervém na economia como distribuidor, dita o salário, que manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e

Democrático de Direito (calcado na autolimitação do Estado pelo Direito, sendo o Estado a única fonte deste¹⁶), acarretou a positivação de novos direitos e a rearticulação de conceitos fundamentais de democracia, cidadania, dignidade, dentre outros, e acabou por deslocar o polo de tensão do Executivo e Legislativo para o Judiciário¹⁷.

Como advertem Bolzan de Moraes e Streck, o advento do Estado Democrático de Direito impôs “à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação da realidade”¹⁸. Diante da relevância de tais características, o novo paradigma constitucional, através da chamada Constituição Cidadã, proporcionou a mais significativa abertura à jurisdição¹⁹.

O forte conteúdo programático dirigente do texto constitucional de 1988, conforme leciona Ingo Wolfgang Sarlet, apresentou características marcantes aos

social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual”. BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 8. ed. São Paulo, Malheiros, 2007, p. 186.

¹⁶ “A ideia de Estado de Direito carrega em si a prescrição da supremacia da lei sobre a autoridade pública. Na sua origem germânica, está embasada a autolimitação do Estado pelo Direito, pois é o Estado a única fonte deste atribuindo-lhe a força coercitiva, e é o Direito a criação dele”. BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria do estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 88. Oportuno também acrescentar a lição de Jorge Reis Novais, para quem a caracterização do Estado Democrático “não esgota nem consome o trabalho do intérprete, antes o remetendo, inevitavelmente, para a necessidade de esclarecer o sentido que nesse Estado cobram a intenção de sociabilidade e a dignidade da pessoa humana. Mas, ao contrário, são exactamete os atributos de polissemia, sentido polémico e abertura [...] que têm estimulado a revitalização do conceito ao longo de um trajecto de mais de cem anos e lhe garantem uma renovada actualidade”. NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 217. Sobre o tema consultar, dentre outros: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). *O Estado de Direito. História, teoria e crítica*. Trad. de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006; BÖCKERNFÖRDE, Ernest Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000; JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Buenos Aires: Albatroz, 1973; KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, AVELÁS NUNES, António José. *Do estado liberal à “revolução keynesiana”*. Disponível em: <<http://www.odiariorio.info/b2-img/avelasnunes.pdf>>; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.190.

¹⁸ MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria do estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 91.

¹⁹ É inegável que a noção de constitucionalismo social teve a função de trazer, para o âmbito das Constituições, temáticas que antes eram reservadas à esfera privada. Por isso é que a parcela signficativa dos textos constitucionais surgidos após a segunda guerra mundial publiciza os espaços antes reservados aos interesses privados. HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão da Hermenêutica do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 09.

direitos fundamentais, nomeadamente seu caráter analítico, seu pluralismo e seu forte:

O pluralismo da Constituição advém basicamente do seu caráter marcadamente compromissário, já que o Constituinte, na redação final dada ao texto, optou por acolher e conciliar posições e reivindicações nem sempre afinadas entre si, resultante de forte pressões políticas exercidas pelas diversas tendências envolvidas no processo Constituinte. Também a marca do pluralismo se aplica ao título dos direitos fundamentais, do que da conta a reunião de dispositivos reconhecendo uma grande gama de direitos sociais, ao lado dos clássicos, e de diversos novos direitos de liberdade, direitos políticos, etc.²⁰

Definiu a Constituição Federal de 1988, no artigo 1º, que as bases da República Federativa centram-se no Estado Democrático de Direito, cuja tarefa fundamental consiste em superar as desigualdades sociais e regionais, bem como instaurar um regime democrático que realize a justiça social. José Afonso da Silva leciona que a democracia é conceito mais abrangente que o de Estado de Direito:

A democracia, como realização de valores (igualdade, liberdade e dignidade da pessoa) de convivência humana, é conceito mais abrangente que o de Estado de Direito, que surgiu como expressão jurídica da democracia liberal. Seu conceito é tão histórico como o de democracia, e se enriquece de conteúdo com o evoluir dos tempos. A evolução histórica e a superação do liberalismo, a que se vinculou o conceito de Estado de Direito, colocam em debate a questão da sua sintonia com a sociedade democrática. O reconhecimento de sua insuficiência gerou o conceito de Estado social de Direito, nem

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 77. Neste mesmo sentido também encontramos na obra *Elementos de filosofia constitucional*: “[...] particularmente, no período pós-Segunda Grande Guerra, com o surgimento de uma série de problemas que passaram a afetar o bem-estar da população mundial em função dos avanços tecnológicos e de outros fatores ligados a reorganização geopolítica mundial, surgiram modelos os modelos constitucionais denominados Estados Democráticos de Direitos, com redefinições fundamentais em relação aos modelos anteriores, não foram simplesmente agregações de gerações de direitos, mas rearticulações fundamentais como a idéia de democracia, de cidadania, de dignidade etc.”. SANTOS, André Leonardo Copetti. *Elementos de filosofia constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 27. Igualmente em OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *O Processo Civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. In *Jurisdição e Direitos Fundamentais*. Tomo II. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006; ANDRADE, Fernando Gomes. *Considerações iniciais acerca do controle judicial concernente a concretização dos direitos fundamentais sociais prestacionais contidos na CF/88 – uma análise crítica da atuação do STJ e STF*. In: *Constitucionalismo, Tributação e direitos humanos*. SCAFF, Fernando Facury (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2007; SILVA, Cristine Oliveira Peter da. *Hermenêutica de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005; dentre outros.

sempre de conteúdo democrático. Chega-se agora ao Estado democrático de Direito, que a Constituição acolhe no art. 1.º como um conceito-chave do regime adotado, tanto quanto o são o conceito de Estado de Direito democrático da Constituição da República portuguesa (art. 2.º) e o de Estado social e democrático de Direito da Constituição espanhola (art. 1.º).²¹

Referindo que o Estado de Direito foi a bandeira da burguesia na luta contra o estado aristocrático-absolutista, servindo para conseguir a hegemonia no controle do poder político e, também, um instrumento ao serviço da burguesia para tentar consolidar e perpetuar a sua posição de classe dominante, numa sociedade em que novas relações sociais de produção assentam numa nova estrutura de classes, António José Avelãs Nunes advoga a ideia de que

As representações liberais do estado e do direito reduzem o estado ao papel de defensor da ordem, cometendo ao direito a função de sancionar as relações sociais decorrentes do exercício da liberdade individual. Talvez possamos admitir que o estado de direito assenta sobre três princípios essenciais: 1) o princípio democrático, que, por oposição ao princípio monárquico do estado absolutista, pressupõe a soberania popular; 2) o princípio liberal, implicando a ideia da separação entre o estado e a sociedade (a sociedade civil, no seio da qual se desenvolve a economia, como atividade que apenas diz respeito aos privados); 3) o princípio do direito, que implica a sujeição do estado ao direito, *i.é*, às leis aprovadas no parlamento.²²

Neste cenário de positivação e democratização de direitos, inaugurou-se um período de consagração dos princípios constitucionais como marco regulatório e, também, a consagração do império da lei como fonte de produção jurídica e garantia de imparcialidade. Com a promulgação da Constituição de 1988, o Judiciário passou por alterações significativas em sua formatação, passando da mera função de aplicador das leis ao compromisso de concretizar os direitos constitucionalmente tutelados.

²¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 116.

²² AVELÃS NUNES, António José. *Do estado liberal à “revolução keynesiana”*. Disponível em: <<http://www.odiarario.info/b2-img/avelasnunes.pdf>>. Acesso em: 20 fev 2016.

O cenário público trouxe importantes mudanças no texto constitucional por meio da incorporação de instrumentos e de direitos que transformaram a sociedade através de promessas de realização de políticas de bem-estar. Sob essas premissas, conclui Miguel Reale que a inclusão do adjetivo Democrático ao conceito de Estado de Direito, abarcou um sentido completamente novo ao marco estatal, traduzido na nova interpretação, no novo marco de passagem rumo a um Estado de Direito e de Justiça Social antes inexistente²³.

Assim, com o advento do Estado Democrático de Direito, além de se exigir uma postura renovada do Estado frente à necessidade de incorporação dos direitos fundamentais, impôs-se a necessidade de repensar o sistema de tutela destes direitos, o que acabou por exigir uma ampla atuação do Poder Judiciário. Com efeito, a fim de cumprir as promessas albergadas na Constituição, não era mais possível admitir-se a manutenção do ordenamento jurídico nos padrões anteriores, sequer que a função judicial seguisse nos moldes do paradigma estatal anterior. Como leciona José Joaquim Calmon de Passos, somente se pode falar em Estado Democrático de Direito quando a organização da função jurisdicional esteja em harmonia:

[...] só é Estado de Direito Democrático aquele em que as entidades e órgãos responsáveis pelo exercício do poder político, nos limites de sua competência, submetem-se a recíprocos controles, com vistas a atuação tanto quanto possível harmônica, sem prejuízo de sua autonomia (ausência de vínculos hierárquicos) nunca independência (ausência de responsabilidade), o que também vale para o Judiciário, não apenas para o Legislativo e para o Executivo. Donde ser negação do Estado de Direito Democrático toda organização da função jurisdicional que se mostre em desacordo com essas exigências fundamentais.²⁴

Também em consonância aos princípios da Constituição Democrática, tendo em vista a proibição da autotutela²⁵, o Estado assumiu o dever de

²³ REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 2.

²⁴ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 92.

²⁵ Niceto Alcalá-Zamora y Castillo define o vocábulo autotutela como o equivalente à defesa por si próprio, de forma imposta. Não necessita de um ataque preexistente, ou mesmo de procedimento

proporcionar aos indivíduos mecanismos que lhes dessem justiça. Assim, a ação, enquanto direito subjetivo autônomo e abstrato, tornou-se o modo pelo qual se provoca o Estado para que este possa exercer a tutela jurisdicional²⁶, apreciando e solucionando lesão ou ameaça a direitos. O direito de ação se concretiza através do complexo de atos que é o processo²⁷. O processo, portanto, assume caráter de meio para a atuação jurisdicional; ou seja, é o modo pelo qual o Estado se movimenta para propiciar provimento de caráter jurisdicional. Assim tem-se que ação, jurisdição, processo são o trinômio que enfeixa o fenômeno da resolução de conflitos de interesses, na medida em que a ação provoca a jurisdição, que se exerce através de um complexo de atos, que é o processo.

Nessa seara, o processo também foi atingido pelas influências caracterizadoras do Estado Democrático de Direito, na medida em que evidente que o novo modelo político e social teria suas transformações ressoadas também à esfera jurídica. Joan Picó I Junoy refere que o processo, até então, “era um negócio privado cuja finalidade se resumia na defesa dos interesses pessoais dos litigantes”, e que estes mesmos que livres para dispor dos interesses em conflito, não poderiam

determinado, mas sim, de dois elementos constitutivos: “a) la ausencia de juez distinto de las partes, y b) la imposición de la decisión por una de las partes a la otra.”. *Proceso, autocomposición y autodefensa. Contribución al estudio de los fines del proceso*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 53.

²⁶ Tutela jurisdicional pode ser compreendida como o que se pede ao Estado-juiz e o que este Estado-juiz entrega ao jurisdicionado, decidindo as questões que lhe são levadas. Obtêm-se e concede-se a tutela quando se protege, ampara, defende, assiste determinados direitos ou mesmo quando o juiz declara não existir o direito afirmado pelo autor ou constata a ausência de condição da ação, extinguindo o processo sem julgamento de mérito. ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 5.

²⁷ O processo, na perspectiva deste trabalho, respalda-se nas propostas de Mirjan Damaska que, embora trabalhe com modelos ideais de Estados, classificando-os como ativos e reativos, e que com essa classificação seja impossível de sintetizar a complexidade do Estado Democrático de Direito, a dicotomia desenvolvida pelo autor na imbricação entre processo e Estado é que traz mais riqueza à concepção de processo, o qual o autor define como sendo um reflexo das concepções dominantes sobre o papel do Estado (DAMASKA, Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del estado*. Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 41) e na aceção de Darci Guimarães Ribeiro para quem “[...] o processo só pode ser compreendido dentro de sua dimensão democrática, como um espaço público para os debates, razão pela qual conceituamos processo como ‘um espaço discursivo intersubjetivo de feições públicas e políticas, na busca de valores socialmente relevantes e que somente pode ser compreendido numa perspectiva constitucionalmente dialógica entre os vários sujeitos envolvidos’”. (RIBEIRO, Darci Guimarães *A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC*. Constituição, sistemas e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2013, p. 45).

“anular o compromisso do Estado com a prestação jurisdicional adequada”²⁸. Entretanto, após o advento do Estado Democrático de Direito o processo e suas garantias ganham um tom democrático, passando a retratar o ideal de justiça²⁹.

Consoante lição de Darci Guimarães Ribeiro, em decorrência das políticas do Estado Democrático de Direito houve uma aproximação entre o processo e o direito:

Modernamente, os processualistas, preocupados como fenômeno da efetividade do processo, estão recorrendo ao caminho inverso daquele utilizado pela doutrina processual do início do século, pois enquanto estes perseguiram o afastamento do processo a respeito do direito material, aqueles perseguem uma aproximação entre o processo e direito. Esta aproximação se deve, basicamente, a dois fatores: de um lado, o florescimento de novos direitos, nascidos, como é sabido a partir da revolução tecnológica e de outro lado, a origem do Estado Democrático de Direito, ou Welfare State, que cria uma nova ordem de pensamento e concebe o acesso à justiça a partir da percepção dos justiciáveis, ou seja, esta nova ordem de pensamento está comprometida com um processo de resultados, onde os consumidores do direito buscam instrumentos adequados à tutela de todos os direitos, com o objetivo de assegurar-se praticamente a utilidade das decisões judiciais, seja no âmbito repressivo ou preventivo. Assim, a efetividade, compõe um dos elementos integrantes dessa concepção de Estado, na medida em que contribui para a construção de uma sociedade mais justa (art. 3º, inc. I, da CF), baseada na dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. II, da CF).³⁰

O principal objetivo almejado através do processo, então, é o de proporcionar a manutenção da ordem social, através da concessão por parte do Estado e da obtenção pelo jurisdicionado da tutela jurisdicional, isto é, a providência prática buscada como solução por aquele que exerce seu direito de ação.

Há, por conseguinte, uma aproximação entre o processo e direito que culmina na necessidade de debate acerca da legitimidade do Estado e das

²⁸ PICÓ I JUNOY, Juan. *El derecho a la prueba em proceso civil*. Barcelona: Bosch, 1996, p. 219.

²⁹ “O justo processo é o que se compõe de garantias fundamentais de justiça”. COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie costituzionale e o giusto processo – modelli a confronto*. Revista de Processo. Ano 2000, nº 90, p. 101.

³⁰ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 78.

instituições sociais que detém e exercem o poder³¹ decisório. Isso porque, no atual período conturbado da história, é necessário voltar à atenção para outro ator, tão ou mais legítima do que os outros: o Poder Judiciário³², na medida em que este poder

[...] cria para os indivíduos em sociedade a possibilidade de exigir do Estado a concretização das promessas ainda não realizadas e que dificilmente o serão através do Executivo e do Legislativo. Nesta perspectiva, o processo passa a ser um valioso instrumento público posto a serviço do povo para viabilizar a essência da democracia que está configurada nos direitos e garantias fundamentais³³.

Não restam dúvidas, nesse contexto, que visualizar o processo, e consequentemente a atuação do juiz³⁴ a partir da função desempenhada pelo Estado, é maneira mais profícua para se identificar as origens e influências sociais em que o processo e o ato decisório encontram-se inseridos.

³¹ O poder aqui referido gira em torno da definição de Norberto Bobbio, que o entende como a capacidade que um sujeito ou grupo tem de realizar a sua vontade, influenciando, condicionando ou determinando o comportamento de um ou mais pessoas. BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política, por uma teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 216. Também valem-nos da obra de Foucault, onde o poder pode ser considerado como uma situação estratégica complexa numa sociedade que não representa uma única dominação maciça e homogênea de um grupo sobre outro, mas sim um de forma fragmentada nas múltiplas instâncias da vida, manifestando-se de formas sutis, como a criação e classificação de identidades ou o controle do corpo e dos desejos, ou expressas, como julgamentos e condenações. Segundo essa visão, o poder é uma forma múltipla de dominação que circula, pois funciona em cadeia, ou seja, o poder funciona e se exerce em rede e os indivíduos estão sempre em posição de exercer o poder e de sofrer sua ação. FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 2008, p. 160/62.

³² RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 103.

³³ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 103. Salienta o autor que “A verdadeira práxis democrática, configuradora de um autêntico Estado de Direito, reside principalmente na efetiva concretização dos direitos e garantias fundamentais, e não em meras abstrações legais contidas em um texto normativo. Estes direitos e garantias fundamentais, por sua vez, somente ganham vida através do mais afinado instrumento democrático: o processo”.

³⁴ Tendo por base o enunciado na CF/88 de que todo emana do povo, Dimas Macedo propõe uma reformulação da democracia, que tenha por base a intervenção direta da sociedade na definição das políticas públicas, inclusive com o “alargamento do *impeachment* das autoridades administrativas e dos agentes políticos, abrangendo inclusive os magistrados e os titulares de poder delegado, aplicando-se a função judicante o exercício do mandado eletivo, conforme modelo adotado por várias Constituições contemporâneas [...]”. MACEDO, Dimas. *Direito Constitucional Contemporâneo: homenagens ao Professor Paulo Bonavides*. Fernando Luiz Ximenes Rocha e Filomeno Moraes (Org.). Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 109/115.

Assim, frente à necessidade de se superar um período marcado por uma baixa constitucionalidade³⁵, ganha cada vez mais espaço a jurisdição. Ocorre que este fenômeno de superação é recepcionado na cultura brasileira como a afirmação de um necessário protagonismo judicial. Mais do que isso, essa maior interferência vem sendo majoritariamente propagada a título de ativismo judicial arbitrário³⁶. Consoante lição de Ives Gandra Martins Filho, “[...] uma das tentações que mais atacam a magistratura neste início de século XXI é a do *ativismo judiciário*, de se criar direito novo a partir da aplicação de princípios jurídicos insuficientemente positivados no ordenamento jurídico.”³⁷.

Com efeito, o novo paradigma contemporâneo constitucional³⁸ proporcionou uma profunda alteração na atuação dos juízes e tribunais. Em razão disso, os juízes, que anteriormente tinham a tarefa de controlar, por meio de parâmetros constitucionais o processo legislativo, agora têm a responsabilidade de fazer cumprir materialmente o pacto constitucional³⁹.

³⁵ Expressão cunhada por Lenio Luiz Streck em *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

³⁶ Aqui cabe delimitar a problemática do ativismo analisada no presente estudo. Busca estudar em que medida a aclamada autonomia da ação e da relação processual esbarra no problema da criatividade da função jurisdicional, aqui entendida como produção do direito por obra dos juízes. Ou seja, trata-se de verificar se o juiz é mero aplicador do direito ou se participa da criação do direito.

³⁷ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Linha administração e políticas públicas: o controle disciplinar da magistratura e o perfil ético do magistrado*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 60.

³⁸ Lenio Luiz Streck, na quarta edição de seu livro *Verdade e Consenso* [2011], abandona o termo neoconstitucionalismo, passando a chamar o novo paradigma constitucional de Constitucionalismo Contemporâneo, para se distanciar das propostas neoconstitucionalistas que não conseguem romper com o paradigma positivista de pensar o direito. Segundo ele, este novo paradigma constitucional, denominado de neoconstitucionalismo, da forma como foi abordada por alguns autores, acabou dando azo à defesa de um protagonismo judicial a partir de uma relação consequencialista entre princípios-moral e discricionariedade, o que se mostra incompatível como uma compreensão do neoconstitucionalismo em descontinuidade com o positivismo jurídico. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

³⁹ Como leciona Adalberto Narciso Hommerding: “Para suprir as lacunas de identidade e de autoridade, os magistrados são chamados a se manifestar sobre os diversos campos da vida social, isto é, a vida política, a vida econômica, a vida privada, a vida internacional, a vida moral. Todas elas são afetadas pelo julgamento da jurisdição: ‘Essa exigência é absoluta. Tudo e todos devem, daí para a frente, ser julgados’”. HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão da Hermenêutica do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 34.

Dentro desta perspectiva, surge o juiz como ator determinante na efetiva criação do direito e na solução das legítimas pretensões sociais, de sorte que a própria democracia⁴⁰ se realiza quando resolvido o caso apresentado ao Poder Judiciário⁴¹. O processo decisório, assim, revela-se elemento constitutivo da dimensão democrática do Estado de Direito, garantindo ao cidadão um espaço real de liberdade e de efetiva autodeterminação indispensáveis ao exercício da cidadania.

Naquilo que Ives Gandra Martins Filho leciona: “Numa concepção tripartite do Poder, o Judiciário é aquele que julga os demais Poderes do Estado, sendo como última instância de correção das injustiças e dos desvios éticos da sociedade e dos governantes e legisladores. No entanto, fica a pergunta: *E quando a corrupção ou negligência atinge o próprio Judiciário, quem e como se controlará eticamente a magistratura?*”⁴², a questão central que se apresenta, então, é de saber quais as bases que legitimam democraticamente o Judiciário, na medida em que este Poder não advém do sufrágio universal como nas outras esferas de poder⁴³. Ou seja, trata-se de perquirir acerca do papel funcional do Poder Judiciário, centrado na figura do juiz, justamente por este ser um órgão desprovido de controle político, sequer daqueles de natureza institucional, e que precisa colidir aos interesses da soberania⁴⁴.

⁴⁰ “A democracia, enquanto conjunto de valores, é um modo de vida; enquanto instituição, conforma um regime político e, enquanto práxis, é uma técnica social para compor interesses diversos. Somente pelo exercício permanente do diálogo, da conciliação e do consenso, pilasstras da legitimidade, um povo aprende a cultivar a democracia como estilo de vida e a mantê-la como regime político”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política: fundamentos e técnicas constitucionais da democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. XVII.

⁴¹ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 96.

⁴² MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Linha administração e políticas públicas: o controle disciplinar da magistratura e o perfil ético do magistrado*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 19.

⁴³ Para Friedrich Müller nos Poderes Executivo e Judiciário “a ‘dominação’ do povo ativo pode ser vista operando de forma mediada, na medida em que prescrições capazes de justificação democrática estão implementadas em decisões de maneira correta em termos de Estado de Direito, no sentido de capazes de universalização e de recapitulação plausível (*überzeugend nachvollziehbar*)”. MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo: A questão fundamental da democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 56.

⁴⁴ MACEDO, Dimas. *Direito Constitucional Contemporâneo: homenagens ao Professor Paulo Bonavides*. Fernando Luiz Ximenes Rocha e Filomeno Moraes (Org.). Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 115.

Na medida em que, a legitimação procedimental do Poder Judiciário firma-se no irrestrito acesso ao Judiciário, nas garantias constitucionais de contraditório e ampla defesa, bem como nas garantias de publicidade e fundamentação das decisões jurídicas, o direito de ação passa assumir os mais altos desígnios da legitimidade democrática⁴⁵, pois é através do direto via processo que também se efetiva o Estado Democrático de Direito.

A Democracia, como leciona José Afonso da Silva, é o único regime político capaz de propiciar a efetividades dos direitos e garantias fundamentais⁴⁶, é a partir deste cenário principiológico, ou seja, daquelas garantias que revelem o valor supremo ao homem, valores que o humanizem, que deve ser conduzido o trabalho da magistratura contemporânea.

Assim, para que se possa falar de Direito, em termos democráticos, exige-se que o Estado esteja estruturado de tal modo que seja “impossível a qualquer agente público, com poder de decisão em nível de concreção, desconfirmar o direito enunciado, que por sua vez reclama, para sua validade, o respaldo da legitimação constitucional de sua produção. O perfil da organização política deixa de ser algo indiferente ou estranho ao ser do Direito, passando a integrá-lo e afeiçoá-lo.”⁴⁷.

A politização da justiça decorrente justamente da expansão da jurisdição constitucional conduziu os juízes a deixar de realizar julgamentos jurídicos, necessariamente calcados em argumentos e parâmetros de validade de natureza jurídico-constitucional, levando-os a decidirem com base nos seus critérios pessoais e/ou sobre critérios eminentemente políticos de atuação que não lhe são conferidos pela Constituição.

⁴⁵ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Esboço de uma teoria processual do direito*. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 63/64.

⁴⁶ SILVA, Jose Afonso. *Direito Constitucional Contemporâneo: homenagens ao Professor Paulo Bonavides*. Fernando Luiz Ximenes Rocha e Filomeno Moraes (Org.). Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 446.

⁴⁷ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 80.

Inegavelmente a nova ordem constitucional é marcada por uma forte expansão da jurisdição constitucional. A ampla exigibilidade judicial das garantias fundamentais nela expressas e o aumento da competência dos juízes e Tribunais para o exercício do controle de constitucionalidade por via judicial são exemplos dessa expansão. No primeiro plano, através do exercício do direito fundamental de amplo acesso ao Judiciário, assegurado no art. 5º, inciso XXXV da CF/88, qualquer indivíduo ou grupo social são legitimados a defender seus interesses jurídico-políticos resguardados pela Constituição de maneira mais acessível do que poderia fazê-lo perante seus representantes parlamentares. Associado a essa ampla exigibilidade da jurisdição constitucional, houve um forte incremento na competência do Supremo Tribunal Federal para o exercício do controle de constitucionalidade por via judicial. Esses movimentos de ampla exigibilidade judicial dos direitos fundamentais e de aumento das competências de *judicial review* do STF estabeleceram a Corte, e o próprio Poder Judiciário, como o guardião de promessas constitucionais que se, não cumpridas pelo Poder Legislativo, pelo Poder Executivo e pela Administração Pública como um todo, poderiam ser questionadas e exigidas pelo cidadão e por entes específicos como passíveis de efetivação pela jurisdição constitucional⁴⁸.

A sociedade passou, então, a defrontar-se não mais com a judicialização das relações sociais, mas com fenômeno distinto denominado como ativismo judicial. Como bem assevera Cardozo, “às vezes, o conservadorismo dos juízes

⁴⁸ VIEIRA, José Ribas; BRASIL, Deilton Ribeiro. *Mudança paradigmática no controle constitucional concentrado e difuso provocada pelo experimentalismo institucional do Supremo Tribunal Federal após a Emenda Constitucional nº 45/04. Observatório de jurisdição constitucional*. Brasília: IDP, ano 1, jan. 2008. p. 02/3. Boaventura defende que deve haver uma repolitização do direito: “tenho defendido o repensar radical das concepções dominantes do direito. Esta nova atitude teórica, prática e epistemológica, que denomino novo senso comum jurídico, tem por base três premissas principais. A primeira é uma crítica ao monopólio estatal e científico do direito [...] apostando numa concepção forte de pluralismo jurídico e numa concepção política do direito. [...] A segunda premissa consiste no questionamento do caráter despolitizado do direito e sua necessária repolitização. [...] A terceira premissa do novo senso comum jurídico requer que se amplie a compreensão do direito como princípio e instrumento universal da transformação social politicamente legitimada”. SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2011, p. 14/15.

ameaçou, por algum tempo, privar a legislação de sua eficácia. [...] Não obstante, a tendência atual inclina-se para um crescente liberalismo”⁴⁹.

Como consequência do novo paradigma constitucional, bem como das mudanças ocorridas nos poderes Executivo e Legislativo, cada vez mais se tem observado as modificações no perfil do juiz⁵⁰. E, na medida em que se observa que a figura do juiz é de fundamental importância para a pacificação dos conflitos sociais, conquanto seja ele que aplica a letra fria da lei ao caso concreto, visando uma solução justa, aquela tutela que em abstrato a lei promete⁵¹, se faz necessário analisar os perfis de magistratura que se apresentam na doutrina.

A intenção é de demonstrar que ao longo da história literária do direito sempre existiram “rótulos” para definir o modelo de juiz que seria considerado ideal em contraponto aos que assim não o seriam. Assim, não se pretende escolher um perfil de magistrado ideal, até mesmo porque o alerta já foi feito por Streck, acerca do risco que há em se deslocar as pesquisas com ênfase a um agir estratégico e, a partir disto, traçar um perfil⁵². O objeto é demonstrar a construção doutrinária dos

⁴⁹ CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 71.

⁵⁰ Como bem lembra Cunha Rodrigues, em palestra proferida no seminário internacional que discutiu o perfil do juiz na tradição ocidental: “nos tempos que se sucederam ao 25 de abril, quando já evoluíam os trabalhos preparatórios da Constituição, os juízes levaram à sério o seu papel de “magistratura de influência” (sic). *Seminário Internacional: o perfil do Juiz na tradição ocidental*. Org. Instituto de História do Direito e do Pensamento Político da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Conselho Superior de Magistratura. Lisboa: Almedina, 2009, p. 281.

⁵¹ CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. Tradução de Paolo Barile. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 11.

⁵² Lenio Streck, ao comentar a obra de Sunstein, assim manifestou-se: “Temo que os perfis formatados por Sunstein sejam utilizados para fazer estatísticas com números tirados dos sites dos tribunais, o que, muitas vezes, mais encobre do que revela. Penso que devemos recepcionar a tese com muito cuidado. Corre-se o risco de ser mais uma de tantas pesquisas de perfil realista, preocupada em descobrir como os juízes decidem depois que já decidiram e não como eles devem decidir. Sempre o fantasma do velho realismo a nos assombrar. [...] Por isso, embora louvando a preocupação de juristas da cepa como Sunstein e de tantos outros aqui do Brasil preocupados com essa problemática do tipo “afinal, como os juízes decidem”, prefiro continuar a apostar em um vetor de racionalidade estruturante, que vem antes de análises apofânticas e/ou sociológicas. Mas isso não quer dizer que as análises como as de Sunstein não sejam importantes. De novo, meus cumprimentos a todos que se dedicam a essa tarefa de investigar o imaginário dos juízes. Com certeza, temos todos um bom combate pela frente contra um adversário comum: qualquer forma de não-democracia e qualquer forma de arbítrio.”. Disponível em:

<<http://www.conjur.com.br/2015nov12/sensoincomumheroisoldadominimalistaoumudosaoperfisjuizes?>>. Acesso em 13 nov 2015.

perfis da magistratura, como forma de ilustrar as teses apresentadas pelos doutrinadores no tocante ao assunto.

Para análise das modificações do perfil da magistratura, no presente estudo, aborda-se brevemente a raiz histórica dos perfis da magistratura. Preliminarmente em um contraponto entre os “Juizes Oráculos da Lei” e os juizes “Boca da Lei”, para que, em momento posterior sejam analisados os perfis de magistratura sugeridos na doutrina jurídica contemporânea como ideais. Estes últimos centram-se nos modelos apresentados por Ronald Dworkin⁵³, que idealiza o juiz filosófico Hércules, e as derivações de contraponto a seu modelo de magistrado ideal abordadas por Marcelo Neves⁵⁴, que propõem o magistrado ideal lolau; François Ost⁵⁵, que discorre sobre três perfis de juizes: Júpiter, Hércules e Hermes; e Cass R. Sunstein⁵⁶, que traça o perfil dos juizes da Suprema Corte Americana a partir da posição que assumem nos julgamentos em os heróis (*heroes*), os soldados (*soldiers*), os minimalistas (*minimalists*) e os mudos (*mutés*). Passemos à análise.

⁵³ Ronald Dworkin em sua obra *Levando os Direitos à Sério* inventou [sic] um jurista de capacidade sobre humana para ilustrar sua teoria da resposta correta. Assim cunhou seu juiz filosófico de Hércules e deu o ponta pé inicial para que outros modelos de magistrados ideais surgissem. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes. 2011, p. 165.

⁵⁴ Marcelo Neves em sua obra “Entre Hidra e Hércules”, remetendo à mitologia grega, destina-se a fixar um ponto de partida que orienta sua abordagem, invertendo a perspectiva dominante sobre princípios e regras, que remonta a Ronald Dworkin. NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

⁵⁵ François Ost, debatendo o modelo de juiz filósofo sugerido por Dworkin, no texto denominado “Júpiter, Hércules e Hermes: três modelos de juiz”, publicado em 1993 na Revista espanhola *Doxa*, expos três modelos de juiz, associados às características de deuses da mitologia (Júpiter, Hércules e Hermes), correlacionando-os a paradigmas diferenciados de direito e jurisdição. OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*. In: *Academia: Revista sobre enseñanza del Derecho*. Año 4, número 8, 2006, p. 101.

⁵⁶ SUNSTEIN, Cass R. *Constitutional Personae*. Disponível em: <<http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:16217272>>. Acesso em 02 mar 2015.

2.1 O juiz: entre a constituição e as modificações no perfil do juiz

Ao mencionar as raízes históricas sobre o perfil dos juízes Raoul Charles van Caenegem⁵⁷ discorre sobre dois perfis opostos acerca do papel dos magistrados⁵⁸: os juízes *oráculos da lei* e os juízes *bouche de la Loi*. Os primeiros, os juízes oráculos, eram tidos como aqueles que detinham conhecimento enciclopédico do direito, lhes competindo desenvolverem e criar o Direito Consuetudinário, que coerentemente era chamado de Direito dos Juízes. Já os segundos, os juízes Boca da Lei, representavam a convicção de que a lei é aquela que o legislador diz que é, sendo os juízes apenas os seus porta-vozes.

Os juízes oráculos eram assim reconhecidos na acepção etimológica da palavra: como uma profecia, uma revelação, a resposta dada por uma divindade a uma questão pessoal através de artes divinatórias⁵⁹. Já a origem do perfil de magistrado oráculo remonta a raiz histórica do texto bíblico contido no primeiro livro dos Reis, onde o Rei Salomão, ao julgar a causa de duas mulheres que haviam tido filho recentemente e reivindicavam a maternidade da criança sobrevivente, usou o dever-poder discricionário para julgar o conflito, agindo como oráculo de Deus ao rever sua decisão perante a manifestação da parte:

16 Então vieram duas mulheres prostitutas ter com o rei, e se puseram diante dele. 17 E disse-lhe uma das mulheres: Ah, meu senhor! eu e esta mulher moramos na mesma casa; e tive um filho,

⁵⁷ *Oráculos da lei ou Bouche de la Loi*. In *Seminário Internacional: o perfil do Juiz na tradição ocidental*. Org. Instituto de História do Direito e do Pensamento Político da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Conselho Superior de Magistratura. Lisboa: Almedina, 2009, p. 35/51.

⁵⁸ Caenegem também discorre sobre o papel do jurista, por ele compreendido entre os professores e acadêmicos de Direito, como forte influência no perfil de magistratura contemporânea, afirmando que a sua pretensão é ser a luz que lidera os juízes e o legislador. O autor refere que o impacto dos juristas na magistratura no sentido de que a lei emanada pelos professores pode ser comparada com a conhecida lei dos Juízes e do legislador, sendo que há vários séculos os professores vem influenciando as práticas dos tribunais. *Oráculos da lei ou Bouche de la Loi*. In *Seminário Internacional: o perfil do Juiz na tradição ocidental*. Org. Instituto de História do Direito e do Pensamento Político da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Conselho Superior de Magistratura. Lisboa: Almedina, 2009, p. 35/51.

⁵⁹ No dicionário a palavra oráculo (*lat oraculu*) tem os seguinte significado: “1 Resposta dada por uma divindade a quem a consultava. 2 A própria divindade que respondia. 3 Lugar onde se davam os oráculos. 4 Profecia, revelação. 5 Palavra inspirada e infalível. 6 Decisão infalível. 7 Pessoa cujo conselho tem grande autoridade. 8 Palavra infalível ou que tem grande autoridade”. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=or%E1culo>>. Acesso em: 02 maio 2015.

estando com ela naquela casa. 18 E sucedeu que, no terceiro dia depois de meu parto, também esta mulher teve um filho. Estávamos juntas; nenhuma pessoa estranha estava conosco na casa; somente nós duas estávamos ali. 19 Ora, durante a noite morreu o filho desta mulher, porquanto se deitara sobre ele. 20 E ela se levantou no decorrer da noite, tirou do meu lado o meu filho, enquanto a tua serva dormia, e o deitou no seu seio, e a seu filho morto deitou-o no meu seio. 21 Quando me levantei pela manhã, para dar de mamar a meu filho, eis que estava morto; mas, atentando eu para ele à luz do dia, eis que não era o filho que me nascera. 22 Então disse a outra mulher: Não, mas o vivo é meu filho, e teu filho o morto. Repliou a primeira: Não; o morto é teu filho, e meu filho o vivo. Assim falaram perante o rei. 23 Então disse o rei: Esta diz: Este que vive é meu filho, e teu filho o morto; e esta outra diz: Não; o morto é teu filho, e meu filho o vivo. 24 Disse mais o rei: Trazei-me uma espada. E trouxeram uma espada diante dele. 25 E disse o rei: Dividi em duas partes o menino vivo, e dai a metade a uma, e metade a outra. 26 Mas a mulher cujo filho em suas entranhas se lhe enterneceram por seu filho), e disse: Ah, meu senhor! dai-lhe o menino vivo, e de modo nenhum o mateis. A outra, porém, disse: Não será meu, nem teu; dividi-o. 27 Respondeu, então, o rei: Dai à primeira o menino vivo, e de modo nenhum o mateis; ela é sua mãe. 28 E todo o Israel ouviu a sentença que o rei proferira, e temeu ao rei; porque viu que havia nele a sabedoria de Deus para fazer justiça⁶⁰.

Observe-se que, igualmente ao que se extrai da leitura do texto bíblico neste perfil de magistratura, cujos expoentes são nominados por Raoul Charles van Caenegem⁶¹ em Sir Edward Coke⁶², Sir William Blackstone⁶³, Lord Denning⁶⁴ dentre

⁶⁰ Bíblia Sagrada. Primeiro livro de Reis, capítulo 3, versículos 16/28.

⁶¹ *Oráculos da lei ou Bouche de la Loi. In Seminário Internacional: o perfil do Juiz na tradição ocidental.* Org. Instituto de História do Direito e do Pensamento Político da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Conselho Superior de Magistratura. Lisboa: Almedina, 2009, p. 35/51.

⁶² Jurista, escritor e parlamentar inglês nascido em Mileham, Norfolk, Sir Edward Coke notabilizou-se pela defesa do princípio da supremacia da lei comum diante das prerrogativas do rei o que contribuiu para a diminuição do poder da realeza na Inglaterra e teve profundas consequências no desenvolvimento da legislação e da constituição britânicas. Estudou na Norwich Grammar School e no Trinity College, Cambridge, tornou-se membro do Parliament por Aldeburgh (1589) e foi nomeado advogado-geral de Londres: Solicitor General (1592), Reader of the Inner Temple (1592), Recorder of London (1592) e Attorney General (1593). Um ano mais tarde foi eleito presidente da Câmara dos Comuns. Indicado porta-voz da House of Commons (1593), derrotou Francis Bacon na disputa pelo posto de procurador-geral de Londres (1594). Como procurador-geral, conduziu com extrema dureza as acusações contra os condes de Essex e Southampton, Sir Walter Raleigh e os membros da Conspiração da Pólvora (1605). Nomeado Chief Justice Common Pleas (1606), ou seja, presidente do tribunal civil, notabilizou-se pela firmeza na defesa do Judiciário e a absoluta incorruptibilidade. Com o intuito de "flexibilizá-lo" James I o nomeou-o (1613) como presidente do Tribunal Superior de Justiça, ou seja, Chief Justice King's Bench, o Lord Chief Justice of England. Sua firmeza lhe custou nove meses de prisão na torre de Londres. Escreveu, entre outros trabalhos, *Institutes of the Law of England* (1628-1644), primeira tentativa de consolidação do direito comum, em vários volumes e reedições, e *Petition of Right* (1628). Cavaleiro do rei (1603) desde James I, morreu em Stoke Poges, Buckinghamshire, Inglaterra.

outros, havia a convicção de que uma postura mais ativista não só era permitida como havia a certeza de que a Justiça estava acima de qualquer lei. Para tanto, o juiz não precisava aguardar pela intervenção legislativa, porque esta intervenção não pode ser de todo útil ao caso concreto.

Já o segundo modelo de magistrado, os juízes *bouche de la Loi*, noutro extremo, representavam a convicção de que a lei é aquela que o legislador diz que

Disponível em: <<http://www.dec.ufcg.edu.br/biografias/EdwaCoke.html>>. Acesso em: 19 maio 2015.

⁶³ Jurista Inglês, juiz e político do século XVIII, reconhecido por escrever os comentários sobre as leis da Inglaterra. Nascido em uma família de classe média, em Londres, Blackstone foi confirmado como o primeiro Professor Vineriano de Direito Inglês, com a publicação do tratado intitulado *Um Discurso sobre o Estudo do Direito*. Foi nomeado juiz do Tribunal do Banco do Rei em 16 de Fevereiro 1770, onde permaneceu até a sua morte, em 14 de fevereiro de 1780. Legado e principal obra de Blackstone são os seus livros nominados *Comentários*. Projetado para fornecer uma visão completa da lei Inglês, o tratado de quatro volumes foi repetidamente republicado em 1770, 1773, 1774, 1775, 1778 e em uma edição póstuma em 1783. Suas obras atingiram importância mundial, sendo que, nos Estados Unidos, os Comentários influenciaram John Marshall, James Wilson, John Jay, John Adams, James Kent e Abraham Lincoln, e continuam a ser frequentemente citada em decisões da Suprema Corte. Entre as mais conhecidas das contribuições para a teoria judicial de Blackstone é a sua própria afirmação do princípio de que "é melhor do que dez pessoas culpadas escapar do que um inocente sofrer". Embora este argumento tenha origem bíblica (Gênesis 18: 23-32), a análise de Blackstone por ser citada por Benjamin Franklin e outros, tornou-se conhecida como "Ratio de Blackstone". Esta regra básica da justiça reconhece essencialmente que caso o governo cometa uma injustiça sob sua capacidade oficial estará agindo muito pior do que um cidadão comum fazê-lo, minando crença e apoio incondicional ao governo. A Ratio da Blackstone é citada nos mais diversos Tribunais, e é fortemente enfatizada para estudantes de direito norte-americanos, sendo também uma máxima do Direito Inglês. Disponível em: <<http://finslab.com/enciclopedia/letra-w/william-blackstone.php>>. Acesso em: 19 maio 2015.

⁶⁴ Lord Alfred Thompson Denning (1899-1999) era um juiz populista Inglês cuja carreira durou 37 anos. Ele era conhecido como um lutador dos oprimidos e um protetor dos direitos humanos, atuando por mais de 20 anos como o chefe do Tribunal de Apelações, uma das posições mais influentes no sistema legal Inglês. As decisões de Denning eram fortemente baseadas em suas crenças religiosas e morais em detrimento a letra da lei, o que gerou inúmeras críticas por sua subjetividade. Baseado em uma visão forte do que significava a justiça e fazer justiça era mais importante para ele do que estatutos ou decisões anteriores, em um discurso de 1974 intitulado *Deixe a Justiça ser feita*, Denning concluiu: "Em nossa sociedade, se quisermos manter a civilização como a conhecemos, é essencial que cada um de nós faça todo o possível para que a justiça seja feita". Para responder à polêmica em torno muitas de suas decisões, Denning publicou o livro *A Disciplina de Direito*, em 1979, quando ele tinha 80 anos de idade. Neste livro, ele explicou que a lei era ultrapassada e que leitura de seu livro era essencial à magistratura para moldá-la para atender às necessidades contemporâneas. Através de sua postura, impactou a linguagem da lei através da ênfase ao uso de frases simples para comunicar questões legais para que os leigos podiam entender a lei. Ele tentou se comunicar seus pontos de forma clara, direta e muitas vezes gostava de apresentar fatos sob a forma de uma história. Muitas de suas decisões também foram de importância histórica, em especial as que visavam a proteção dos indivíduos contra a exploração por burocratas, grandes empresas, e os sindicatos, pelos direitos de propriedade das esposas abandonadas e mulheres solteiras (seus julgamentos, nestes casos, nem sempre foram respeitados e muitos homens escreveram-lhe contestar a sua interferência no que foi considerado um assunto pessoal). Disponível em: <<http://biography.yourdictionary.com/alfred-thompson-denning>>. Acesso em: 19 maio 2015.

é, sendo os juízes apenas os seus porta-vozes⁶⁵, sendo aí cunhada a célebre expressão “juiz boca da lei” de Montesquieu, que em sua visão referiu que “os juízes da nação não são [...] mais do que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que desta lei não podem moderar nem a força nem o rigor”.⁶⁶

As raízes deste perfil de magistratura remontam historicamente ao início do século XIX, mais especificamente à Revolução Francesa e à edição do Código de Napoleão. A construção desse perfil decorre da repudia de Napoleão Bonaparte aos comentários aos seus Códigos⁶⁷, atitude que repercutiu anos mais tarde na Escola Exegética⁶⁸.

⁶⁵ *Oráculos da lei ou Bouche de la Loi. In Seminário Internacional: o perfil do Juiz na tradição ocidental.* Org. Instituto de História do Direito e do Pensamento Político da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Conselho Superior de Magistratura. Lisboa: Almedina, 2009, p. 35/51.

⁶⁶ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do espírito das leis.* Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 123.

⁶⁷ Napoleão Bonaparte nutria altíssima insatisfação para com os advogados, tendo, inclusive, fechado a "Ordem dos Advogados da França" por vinte anos, autorizando a sua reabertura apenas em 1810. Quando soube que o Código Civil da França estava sendo interpretado pelos juristas, exclamou: "O meu Código está perdido". No decorrer da história houve exemplos de ordenamentos que proibiam ou repudiavam o processo de interpretação dos dispositivos legais. Dentre eles vale citar o Código da Baviera (1841) que proibiu a interpretação dos seus dispositivos. NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito.* Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2005, p. 267.

⁶⁸ A Escola da Exegese surgiu no início do século XIX em meio ao caos político e social da França revolucionária. Nessa época, as diversas trocas de governo no Estado Francês provocaram uma grande desordem no ordenamento jurídico no país, o que causava grandes prejuízos aos negócios da classe social mais favorecida pela Revolução: a burguesia. Contudo, com a ascensão de Napoleão Bonaparte ao poder, a burguesia patrocinou a criação de um código civil que consolidou as conquistas burguesas da Revolução. Com o Código Napoleônico a Escola da Exegese ganhou forças para afastar a existência de lacunas na lei, pois, por ser fruto da razão, ela alcançaria todo o ordenamento jurídico. Assim, os pilares da Escola eram a Teoria da Plenitude da Lei e o destaque dado à vontade do legislador. De acordo com Norberto Bobbio princípio da autoridade possui estreitas relações com essa característica da Escola da Exegese: O argumento fundamental que guia os operadores do direito no seu raciocínio jurídico é o princípio da autoridade, isto é, a vontade do legislador que põe a norma jurídica; pois bem, com a codificação, a vontade do legislador é expressa de modo seguro e completo e aos operadores do direito basta ater-se ao ditado pela autoridade soberana. In BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito.* São Paulo: Ícone, 1995. No que discerne a aplicação do direito, a Escola da Exegese também pregava a concepção silogística. Tal entendimento, influenciado pelas ideias de Montesquieu, considerava a própria lei consistiria numa manifestação da natureza das coisas: As leis, no significado mais amplo, são as relações necessárias que derivam da natureza das coisas, e, neste sentido, todos os seres têm as suas leis: a Divindade tem as suas leis, o mundo material tem as suas leis, as inteligências superiores ao homem têm as suas leis, os animais têm as leis, o homem tem as suas leis. Dessa forma, para Montesquieu, vincular o juiz ao máximo à letra da lei, retirando qualquer arbítrio de sua decisão, consistia numa condição para que as instituições pudessem representar um sistema de proteção das liberdades, objetivo maior de sua teoria política e, conseqüentemente, de sua teoria jurídica. In MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do espírito das leis.* Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

O culto à norma se deve a uma reação ao período anteriormente vivido pelos franceses, o *Ancien Régime*, onde a atuação do Judiciário era vista com grande desconfiança. A desconfiança que havia quanto à magistratura da época fez com que se passasse a preferir a rigidez das normas legais a qualquer espécie de liberdade que pudesse caber ao juiz. Ou seja, esta concepção de jurisdição como atividade declaratória, que influenciou os países que adotaram a *civil law* e resultou na Teoria da Separação dos Poderes de Montesquieu, decorreu do receio que a aristocracia dos proprietários das terras frente à aristocracia judicial, assim a saída era restringir a atividade do Judiciário a aplicar a lei criada pelo Legislativo, sem qualquer interferência⁶⁹.

Entretanto, é no próprio Montesquieu que verifica-se que este perfil de magistrado tem prazo de validade. No capítulo III de sua obra *O Espírito das Leis*, Montesquieu refere que é preciso compensar a grandeza do poder do magistrado pela brevidade de sua duração: “Em toda magistratura cumpre compensar a grandeza do poder com a brevidade de duração. Um ano é o tempo determinado pela maioria dos legisladores; um tempo mais longo seria perigoso, um mais curto seria contra a natureza da coisa.”⁷⁰.

Ao que se extrai, Montesquieu contestaria um Judiciário permanente; os Tribunais deveriam ser temporários e casuísticos. No entanto, legislativo e executivo poderiam se constituir em corpos permanentes por representar uma vontade geral do Estado. Montesquieu pretendia um Judiciário como instância de mera aplicação formal da lei, exigindo julgamentos pautados pelo texto preciso da norma aplicada. Caso contrário, ter-se-ia opinião particular do magistrado, que faria com que não se soubesse com exatidão quais compromissos assumimos. Contemporaneamente, segurança jurídica seria o epíteto para a certeza na aplicação da lei. Na sempre

⁶⁹ MERRYMAN, John Henry. *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*. México: Fondo de Cultura Económica, 1979, p. 38. O autor adverte que diversamente, nos Estados Unidos e na Inglaterra, os juízes haviam sido uma classe progressista do ponto de vista da defesa dos indivíduos contra um legislador opressivo, tendo desempenhado importante pape na centralização do poder governamental e na distribuição do feudalismo, não existindo, portanto, o temor em uma legislação judicial e na sua interferência na administração, representando uma das diferenças entre a Revolução Francesa e a Revolução Norte-Americana.

⁷⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do espírito das leis*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 33.

reproduzida passagem que é antológica, o juiz seria a boca que pronuncia as palavras da lei.

O que se percebe é que os perfis de magistratura históricos eram marcados pelo contraponto de uma postura mais ativista e noutra extremo uma postura conservadora. Já os perfis de juízes apresentados na literatura contemporânea derivam, em grande parte, da ideia do magistrado ideal proposta por Dworkin. É de seu magistrado filosófico Hércules que surgem os perfis de contraponto abordados por Marcelo Neves⁷¹ e François Ost⁷².

Neste contexto, Ronald Dworkin analisa o perfil da magistratura partindo do pressuposto de que nos casos difíceis a argumentação jurídica versa sobre conceitos contestados, dos quais tem relevância o conceito de intenção ou propósito da lei e o conceito de princípios que subjazem às regras⁷³, cunhando um juiz filósofo, a quem nominou de Hércules, para demonstrar a plausibilidade de sua teoria.

O juiz Hércules é um jurista dotado de capacidade, sabedoria e paciência sobre-humanas⁷⁴, cuja tarefa consiste em construir um sistema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os preceitos de direito costumeiro a fim de justificar as disposições constitucionais e legislativas, ou seja, prestar contas ao conjunto principiológico irradiado a partir da Constituição.

Dworkin escolheu a figura de um juiz para demonstrar a possibilidade prática de sua teoria pelo simples fato de que não há razão para atribuir a outro grupo que não o dos juízes uma maior capacidade de argumentação moral; ou, se houver uma razão, será preciso mudar o processo de seleção dos juízes e não as técnicas de julgamento que eles são instados a usar⁷⁵. A diferença de Hércules e os demais juristas é que ele, tendo em vista seus atributos, expressa seus pensamentos de fora para dentro. Isso quer dizer que, antes de resolver um caso ele

⁷¹ NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

⁷² OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. In: Academia: Revista sobre enseñanza del Derecho. Año 4, número 8, 2006, p. 101.

⁷³ DWORNIK, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes. 2011, p. 164.

⁷⁴ DWORNIK, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes. 2011, p. 165.

⁷⁵ DWORNIK, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes. 2011, p. 203.

pode debruçar-se calmamente sobre o problema em questão para encontrar a melhor justificativa, ou mesmo elaborar uma teoria gigantesca, de ampla abrangência, que considerasse tudo o que existe no universo e que fosse apropriada para todas as situações. Já as pessoas comuns, os juristas e os juízes não dispõem de tantas possibilidades. Raciocinamos de dentro para fora, começando pelos problemas distintos que nos são impostos pela profissão, e o alcance de nossas indagações encontra-se rigorosamente limitado não apenas pelo tempo que dispomos, mas também pelos argumentos que concebemos ou com os quais nos defrontamos⁷⁶.

O objetivo do juiz Hércules é examinar a questão não apenas como um problema de ajustamento entre uma teoria e as regras da instituição, mas também como uma questão de filosofia política. Ele deve decidir qual concepção é a mais satisfatória e elaborar uma teoria constitucional que justifique a Constituição como um todo (coerente e íntegro). Ou seja, deve desenvolver uma teoria da constituição na forma de um conjunto complexo de princípios e políticas que justifiquem o sistema de governo⁷⁷. Entretanto, ao desenvolver a sua tese do juiz filósofo Dworkin parte de alguns pontos referentes à interpretação das leis e à interpretação dos precedentes.

No que tange Interpretação das Leis, a ideia central de Hércules é a de que elas precisam ser lidas de modo que decorra a melhor interpretação do processo legislativo como um todo⁷⁸. Nesse contexto Hércules deverá encarar um papel criativo de um colaborador que continua a desenvolver, do modo que acredita ser o melhor, o sistema legal iniciado pelo Congresso⁷⁹. Assim, a proposta de Dworkin na interpretação das leis é que o juiz Hércules teste filosoficamente, nos casos difíceis, as teorias possíveis que justifiquem a teoria institucional, ou seja, que justifiquem essa lei melhor do que qualquer teoria alternativa, à luz das responsabilidades mais gerais dos legisladores⁸⁰. Melhor dito: Hércules irá se

⁷⁶ DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes. 2010, p. 79.

⁷⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes. 2011, p. 167.

⁷⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 2002, p. 404.

⁷⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 2002, p. 377.

⁸⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes. 2011, p. 169.

perguntar qual interpretação da lei mostra mais claramente o desenvolvimento político que inclui e envolve essa lei⁸¹. Para tanto ele deve confrontar as teses aplicáveis ao caso sobre argumentos filosóficos, no sentido de desvelar qual das interpretações dada ao caso em concreto se vincula de modo mais satisfatório a linguagem utilizada pelo legislativo; quais argumentos de princípio e de política⁸² poderiam ter convencido o poder legislativo a promulgar a lei aplicável ao caso. Ele deve levar em consideração tanto as justificativas políticas quanto as de princípio, ou seja, qual combinação de quais princípios e políticas podem proporcionar o melhor exemplo para aquilo que os termos claros da lei claramente requerem⁸³.

O método de Hércules rejeita a hipótese de um momento canônico no qual a lei nasce e tem todo e único significado que sempre terá⁸⁴. Hércules interpreta a lei para retirar dela seu melhor significado, pois ele quer utilizar o melhor possível do desenvolvimento contínuo da história lei, e por isso sua interpretação muda à medida que a história vai se transformando⁸⁵. Ao interpretar Hércules levará em conta a melhor descrição da história legislativa no momento presente, considerando a possibilidade de anulá-la ou mesmo emendá-la⁸⁶. O argumento de equidade é importante neste contexto, na medida em que ela diz a Hércules que devem ser levados em conta quaisquer expressões de pontos de vista políticos que pareçam relevantes para decidir se determinada lei seria equitativa no alcance da opinião pública. A integridade também ocupará espaço de destaque, pois levará em

⁸¹ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 2002, p. 307.

⁸² Dworkin distingue argumentos de política de argumentos de princípio, ao referir que o julgador não pode fazer as vezes de legislador delegado, e para tanto deve considerar a importância fundamental entre as diferenças entre tais argumentos. Os argumentos de política são aqueles que justificam a decisão que fomenta ou protege algum objetivo da comunidade como um todo, ou seja, são posições que estabelecem metas/objetivos coletivos. Já os argumentos de princípio justificam uma decisão que respeita ou garante um direito de um indivíduo, ou seja, descrevem direitos. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes. 2011, p. 129/141.

⁸³ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 2002, p. 405.

⁸⁴ A ideia de intenção ou espírito da lei é conceituada por Dworkin como “teoria da intenção do locutor”. Esta teoria entende que a legislação é um ato de comunicação onde o locutor enuncia, em um momento canônico, a lei. Ao ver do autor, por capturar um momento particular da história, a teoria da intenção do locutor apresenta sequelas no tocante a aplicação legislativa, pois, na medida em que o tempo passa e a lei deve ser aplicada os juízes se veem diante da opção de aplicar a lei original (com o significado que ele carrega) ou emenda-la as ocultas para atualizá-la. DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 2002, p. 417.

⁸⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 2002, p. 417.

⁸⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 2002, p. 417.

consideração outras decisões que os tribunais tenham tomado nesse ínterim, que absorvam a mudança da opinião pública ou das circunstâncias econômicas ou ecológicas.

Desta forma Hércules, ao abordar as múltiplas declarações feitas pelos legisladores no processo da lei e não apenas o “estado de espírito” que os legisladores comunicaram em seus votos, prestará cada vez menos atenção ao histórico legislativo original e cada vez mais interpretará a história em movimento, o que permitirá que sua decisão seja proferida para além dela.

Já no que tange à interpretação dos precedentes, quando as decisões de casos difíceis que não estejam previstos em nenhuma lei, mas que invocam decisões de direito costumeiro anterior precedente, Dworkin refere que, nestes casos, Hércules deverá considerar a força gravitacional do precedente. A força gravitacional de um precedente pode ser explicada como um apelo à equidade, no sentido de tratar casos semelhantes do mesmo modo, como se fosse um relato de uma decisão anterior⁸⁷. Contudo, é preciso salientar que, a força principal da equidade volta-se para o futuro e não para o passado, razão pela qual ela pode desconsiderar alguma parte da história institucional por considerá-la equivocada⁸⁸.

A utilização do critério da equanimidade apresentada por Dworkin como justificativa para aplicação dos precedentes nos casos difíceis é convincente:

É muito comum que o legislador se preocupe apenas com questões fundamentais de moralidade ou de política fundamental ao decidir como vai votar uma questão específica. Ele não precisa mostrar que seu voto é coerente com os votos de seus colegas de poder legislativo, ou com os de legislaturas passadas. Um juiz, porém, só muito raramente irá mostrar esse tipo de independência. Tentará, sempre, associar a justificação que ele fornece para uma decisão

⁸⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes. 2011, p. 176.

⁸⁸ A justificativa de Dworkin é a de que nem mesmo Hércules será capaz, com toda sua soberba imaginativa, de encontrar qualquer conjunto de princípios que concilie todos os precedentes e todas as leis existentes. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes. 2011, p. 184/6.

original às decisões que outros juízes ou funcionários tomaram no passado⁸⁹.

Mas Dworkin faz uma ressalva: Hércules somente deve levar em consideração os argumentos de princípio que justifiquem o precedente⁹⁰. A aplicação do precedente fica limitada caso a argumentação deste seja pautada em argumentos de política, pelo fato de que tal precedente não terá força gravitacional nenhuma, pois as decisões geradas por argumentos de política ficam restritas a força de sua promulgação⁹¹.

Hércules também reconhece que alguns precedentes tem força gravitacional geral, considerados aqueles plasmados na prática judicial da comunidade (direito costumeiro), caso em que ele somente poderá justificar a aplicação de um precedente se pressupor que a tese dos direitos é válida em sua comunidade⁹². Da mesma forma, caso Hércules descubra que alguma decisão anterior atualmente é muito criticada, ele deve considerá-la vulnerável e demonstrar, justificadamente, que sua aplicação não mais é possível. A justificativa de Hércules, neste caso, deve pautar-se na teoria dos erros institucionais⁹³, que leva em conta a percepção geral da comunidade ao criticar tal precedente faz com que o argumento de equidade que sustenta o princípio vinculativo deste esteja enfraquecido.

A tarefa de Hércules quanto aos precedentes é

[...] construir um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes do direito costumeiro e, na medida em que estes devem ser justificados por princípios, também um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas⁹⁴.

⁸⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes. 2011, p. 175.

⁹⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes. 2011, p. 179.

⁹¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes. 2011, p. 177.

⁹² DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes. 2011, p. 180.

⁹³ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes. 2011, p. 189/191.

⁹⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes. 2011, p. 182.

Para tanto, Hércules deve justificar o esquema de princípios utilizados, tanto verticalmente (observando os diversos níveis de jurisdição), quanto horizontalmente (com consistência em outras decisões de mesmo nível).

Consoante se extrai, como bem adverte Lenio Streck⁹⁵, o juiz Hércules é uma metáfora, um ideal regulativo, na medida em que é aquele capaz de identificar os princípios adequados à solução do caso, possibilitando a única resposta correta ou, no mínimo, o melhor julgamento. O objetivo primordial do juiz Hércules é a busca da resposta correta, que ao ver de Dworkin é um remédio contra o positivismo e sua característica mais forte: a discricionariedade. A ideia de que os juízes possam discricionariamente retroagir a aplicação da lei é, ao ver de Dworkin, incompatível com qualquer teoria plausível da Constituição⁹⁶. Com o seu juiz Hércules, Dworkin superou a filosofia da consciência, superando o paradigma representacional (morte do sujeito solipsista da modernidade) e confiou a decisão a um sujeito que está sempre presente em qualquer relação de objeto⁹⁷. Com isso, a metáfora do juiz Hércules é a antítese do juiz discricionário, na medida em que o modelo de juiz instala-se na teoria do direito para demonstrar que a discricionariedade é antidemocrática e que, ao rejeitar qualquer opinião pessoal do juiz e colocar ênfase na sua responsabilidade política, superou o esquema sujeito-objeto.

E foi com base no juiz Hércules de Ronald Dworkin que Marcelo Neves, em sua obra *Entre Hidra e Hércules*, também fazendo remissão à mitologia grega, inverte a perspectiva dominante sobre princípios e regras, proposta por Dworkin⁹⁸

⁹⁵ Lenio doutrina que “metáforas são criadas porque se acredita que determinado fenômeno poderá ser bem mais explicado a partir da explicação já consolidada de um outro fenômeno, ou seja, a ‘operação com que transferimos significados não sensíveis para imagens ou remetemos elementos sensíveis a esferas não sensíveis. [...] A resposta correta é uma metáfora, como o juiz Hércules de Dworkin também o é. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 389.

⁹⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes. 2011, p. 168.

⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 400.

⁹⁸ Marcelo Neves faz a ressalva de que “Não se pretende aqui desprezar ou subestimar a contribuição de Dworkin para a teoria do direito, a teoria da Constituição e a dogmática constitucional em geral e para a teoria dos princípios em especial, com enorme influência e recepção em diversos países, tanto de tradição anglo-americana quanto de origem eurocontinental. Parece-me, porém, ser suscetível de críticas fundamentais a concepção moralista

para apresentar seu perfil de magistrado ideal: o juiz lolau. A justificativa da inversão da tese vem do próprio o autor: “a tese segundo a qual os princípios servem para cobrir o espaço da discricionariedade, que, no modelo ‘positivista’ de regras, o juiz disporia para decidir, constitui uma ilusão principiológica”⁹⁹.

Fazendo alusão à metáfora contida no segundo trabalho de Hércules¹⁰⁰ na mitologia grega, Marcelo Neves traça em sua obra um comparativo entre as regras e princípios, referindo que os princípios tem o caráter de Hidra, enquanto as regras são hercúleas¹⁰¹, ou seja, os princípios por si só não solucionam os casos a que se pretende aplicá-los, dependendo, os casos jurídicos das regras para serem solucionados. Assim, ao ver do autor, “os princípios abrem o processo de concretização jurídica, instigando, à maneira de Hidra, problemas argumentativos, as regras tendem a fechá-los, absorvendo a incerteza que caracteriza o início do procedimento de aplicação normativa”¹⁰².

A crítica que Marcelo Neves faz ao juiz Hércules de Dworkin e, a partir daí trabalhar a sua ideia de perfil de magistrado, centra-se no fato de que a capacidade de determinar os princípios de moralidade em Hércules esbarra na própria noção de comunidade ou moralidade comunitária, eis que implicaria na partilha de valores ou representações morais comuns, as quais são cada vez mais difíceis de extrair conquanto na sociedade moderna os pontos de observação se multiplicam cada vez mais, tornando incapaz se falar em ideal regulativo capaz de descortinar o consenso

de Dworkin”. NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 56.

⁹⁹ NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 56.

¹⁰⁰ Consistia o segundo trabalho de Hércules matar a Hidra, filha monstruosa de duas criaturas grotescas, a Equidna e Tifão, que habitava a cidade de Lerna. Hidra era uma serpente com corpo de dragão, que possuía nove cabeças (uma delas parcialmente de ouro e imortal). Acontecia que as cabeças da Hidra se regeneravam mal eram cortadas e exalavam um vapor que matava quem estivesse por perto. Hércules matou-a cortando suas cabeças contando com a ajuda de seu sobrinho lolau, o qual impedia sua reprodução queimando suas feridas com tições em brasa. A deusa Hera enviou ajuda à serpente – um enorme caranguejo, mas Hércules pisou-o e o animal converteu-se na constelação de Câncer (do latim câncer, "caranguejo"). Por fim, o herói banhou suas flechas com o sangue da serpente para que ficassem envenenadas.

¹⁰¹ NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. VXII.

¹⁰² NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. VXIII.

de moralidade comunitária¹⁰³. Diante desta perspectiva, retoma a metáfora lançada nas páginas iniciais de sua obra para considerar o tipo de juiz, segundo ele, mais preparado para enfrentar e superar o paradoxo do enlace circular entre princípios e regras: o juiz lolau.

O perfil de magistrado lolau não se subordina ao poder dos princípios, bem como não modifica sua posição *ad hoc* para satisfazer cada nova estratégia em que se invocam princípios. Ele não regenera a cada caso um novo princípio para encobrir sua atuação em favor de interesses particulares, vinculador ao poder, dinheiro, religião, dentre outros¹⁰⁴. E com isto, distingue-se do juiz Hidra.

O juiz lolau também se distingue do juiz Hércules na medida em que não se prende rigidamente as regras e, tampouco isola o direito do seu contexto social para solucionar controvérsias jurídicas complexas. Ele não se põe em uma posição de superioridade intelectual, estando “sempre disposto ao aprendizado mediante referência ao ambiente do sistema jurídico”¹⁰⁵. Mesmo que o juiz lolau reconheça que o mundo jurídico não começa a cada caso¹⁰⁶ ele entende que a Justiça constitui um paradoxo. E ele enfrenta o paradoxo da justiça procurando superá-lo em cada caso constitucional controverso, sem a pretensão de eliminá-lo definitivamente.

Na visão de Marcelo Neves, o magistrado ideal pode recorrer à técnica da ponderação. Entretanto, a utilizará com parcimônia, recorrendo cuidadosamente a esta técnica para utilizá-la como forma de sopesar os princípios envolvidos ao caso, como forma de orientar a solução de futuros casos. De igual sorte, o magistrado lolau pode ir além da justiça para tratar os princípios e regras como fórmula de transcendência da sociedade¹⁰⁷, atuando como um observador da sociedade:

¹⁰³ NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 60.

¹⁰⁴ NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 221.

¹⁰⁵ NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 222.

¹⁰⁶ NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 222.

¹⁰⁷ NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 227.

Ele compreende que, dentro da cadeia da argumentação jurídica, as regras constitucionais relacionam-se primariamente com conceitos jurídicos e com a argumentação formal, enquanto os princípios processam primariamente interesses e outras variáveis sociais, estando vinculador predominantemente à argumentação substantiva. Busca, então, um equilíbrio entre os princípios e as regras constitucionais, para assegurar a consistência jurídico-conceitual e adequação social ao direito. Ele não desconhece que esse equilíbrio é sempre instável e contingente, pois implica continuamente para outras possibilidades em casos futuros. Mas procura fixar critérios definitórios para reduzir o “valor-surpresa” de futuras decisões.¹⁰⁸

Com o juiz Iolau, Marcelo Neves trabalha a ideia de justiça como contingência, ou de transcendência. Assim, como o próprio autor refere “o juiz Iolau é a experiência com o improvável”¹⁰⁹ na medida em que busca o equilíbrio entre regras e princípios constitucionais, ou, em suas palavras: “uma experiência *com o impossível*”.¹¹⁰

Já o jurista e filósofo François Ost¹¹¹ analisa o perfil da magistratura sob três modelos de juiz: Júpiter, Hércules e Hermes, os quais, por via de consequência, simbolizaram também os modelos de jurisdição. Ao discorrer sobre o perfil de seus magistrados, Ost reverbera que a profissão do magistrado é a mais multiforme e pluralista, justamente pelo fato de que trabalho em campo judicial e jurídico heterogêneo e complexo. Entretanto, refere ser válida a construção de modelos de magistrados como forma de responder a disseminação das teorias, valores e discursos¹¹².

O primeiro modelo de juiz apresentado por Ost, nominado Júpiter, representaria o modelo liberal-legal. De feição piramidal-dedutivo, isto é, sempre dito a partir do alto, esse magistrado adota a forma de lei e se expressa em forma de

¹⁰⁸ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 227.

¹⁰⁹ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 227.

¹¹⁰ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 227.

¹¹¹ OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*. In: Academia: Revista sobre enseñanza del Derecho. Año 4, número 8, 2006, p. 101.

¹¹² OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*. In: Academia: Revista sobre enseñanza del Derecho. Año 4, número 8, 2006, p. 102.

imperativo, vindo a ser representado pelas tábuas da lei ou códigos e as Constituições modernas, sendo que dessa parametricidade é que são deduzidas as decisões particulares. Na tese de Ost Júpiter é o homem da lei. Nesse Estado, o juiz adota uma posição passiva diante do caso, ele não atua na busca da verdade somente fiscaliza a relação processual. É um juiz mínimo tal qual o Estado Liberal, um mero *longa manus* da lei.

Embora fazendo a ressalva de que o modelo piramidal esteja em profunda crise¹¹³, Ost refere que este modelo de magistratura é bem aceito nos bancos acadêmicos em razão do modelo jurídico clássico que continua a ser ensinado das faculdades de Direito, que tem sua base de ensino no direito codificado¹¹⁴. Em alusão a Pierre Bourdieu, Ost reforça a ideia de que “la codificación pone las cosas simples, claras, comunicables”¹¹⁵. Entretanto, fazer o juiz o foco exclusivo da juridicidade é baseada em quatro corolários: o primeiro é monismo jurídico; o segundo o monismo político da soberania estatal; o terceiro é a racionalidade dedutiva e linear das decisões; e o quatro é ao fato de que a codificação pressupõem uma concepção de tempo de futuro controlado.

E é exatamente nestes corolários que reside a opinião crítica de Ost a este modelo de juiz: o monismo jurídico acaba por reforçar mais a sistematicidade do que a autoridade enquanto o monismo político necessita que a codificação seja resultante de um processo de identificação nacional e não da identificação da figura de algum soberano. Já no tocante a racionalidade dedutiva e linear das decisões a crítica que o autor faz é relacionada ao fato de que as soluções particulares são extraídas de regras gerais, de princípios gerais, que impedem que o juiz jupiteriano se afaste da harmonia lógica do sistema. Por fim, no que se refere à codificação pressupõem uma concepção de tempo de futuro controlado, Ost refere que as decisões sempre serão baseadas na crença do progresso da história, na ideia de

¹¹³ OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*. In: Academia: Revista sobre enseñanza del Derecho. Año 4, número 8, 2006, p. 108.

¹¹⁴ OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*. In: Academia: Revista sobre enseñanza del Derecho. Año 4, número 8, 2006, p. 105.

¹¹⁵ OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*. In: Academia: Revista sobre enseñanza del Derecho. Año 4, número 8, 2006, p. 108.

que a lei antecipou todos os casos possíveis, não contemplando, portanto, fatos novos alheios¹¹⁶.

O segundo modelo de juiz em Ost é o modelo Hércules¹¹⁷. O modelo herculeano está sustentado na figura do juiz, que seria a única fonte do direito válido. Trata-se de uma pirâmide invertida, no dizer de Ost¹¹⁸. O Juiz Hércules em Ost é um engenheiro social. Sua posição torna-se mais ativa, embora ainda acima e equidistante das partes. Nesse modelo o juiz é quem diz o direito; é um juiz prestacionista e paternalista, tal qual o Estado Social. Hércules está presente em todas as frentes:

[...] decide e incluso aplica normas como hacía su predecesor que se amparaba em la sombra del código; per también lleva a cabo otros trabajos. Em el precontencioso aconseja, orienta, previne; en el poscontencioso sigue la evolución del *dossier*, adapta sus decisiones al grado de circunstancias y necesidades, controla la aplicación de las penas. El juez jupiteriano era um hombre de ley; respeto a él, Hércules se desdoba em ingeniero social¹¹⁹.

Sem dúvidas o juiz Hércules é muito diferente do modelo anterior na medida em que desenvolve o Direito. E, justamente por estarem em pontos radicalmente opostos é que Ost também o critica ao afirmar que o Direito em Hércules se reduz a indiscutível materialidade da decisão¹²⁰, perdendo espaço a

¹¹⁶ OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*. In: Academia: Revista sobre enseñanza del Derecho. Año 4, número 8, 2006, p. 108

¹¹⁷ François Ost mantém a nomenclatura “Hércules” para seu juiz mesmo conhecendo que Ronald Dworkin já o fizera. Entretanto, faz a ressalva de que é Dworkin que, ao revalorizar até o extremo a figura do juiz moderno, atribuiu-lhe as características de Hércules. Embora diga que não pretende equiparar a tese de Dworkin aos realistas ou pragmatistas, Ost termina por colocar no Hércules dworkiano os defeitos que caracterizariam o juiz monopolizador da jurisdição no modelo de direito do Estado Social, em que o direito se reduz ao fato, enfim, à indiscutível materialidade da decisão. Esse juiz, ao ver do autor, propiciaria um deciosionismo, a partir da proliferação de decisões particulares. OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*. In: Academia: Revista sobre enseñanza del Derecho. Año 4, número 8, 2006, p. 102.

¹¹⁸ OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*. In: Academia: Revista sobre enseñanza del Derecho. Año 4, número 8, 2006, p. 102.

¹¹⁹ OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*. In: Academia: Revista sobre enseñanza del Derecho. Año 4, número 8, 2006, p. 110.

¹²⁰ Lenio Luiz Streck lança profunda crítica ao juiz Hércules de Ost. Afirma que, “examinada à luz da hermenêutica filosófica e do neoconstitucionalismo, assim como a partir das diversas teorias do direito surgidas no século XX, a tese de Ost merece uma série de objeções, não tanto na parte em propõe o Hermes como solução (que, a toda evidência, apresenta aspectos de grande relevância), mas, fundamentalmente, em relação às críticas ao ‘modelo herculeano’. Assim, em síntese,

normatividade, posto que “La decisión, em estas condiciones, ya no recoge nada de lo normativo de la rega (por definición ausente) y se analiza desde ahora como ‘el hecho del juez’ que ninguna normatividade quiere validar”¹²¹.

Como contraponto, Ost apresenta o juiz Hermes¹²², que adota a forma de rede, ou seja, nem um polo, nem dois, isto é, nem a pirâmide e nem um funil, e tampouco a superposição dos dois, senão uma multiplicidade de pontos de inter-relação. Em Hermes há um campo jurídico que se analisa mediante a combinação infinita de poderes, a multiplicação dos atores, a diversificação de regras, a inversão de réplicas, sendo que tal circulação de significados e informações não se deixa aprisionar em um código ou em uma decisão: expressa-se sob a forma de um banco de dados. Assim, segundo Ost, o direito pós-moderno, o direito de Hermes, é uma estrutura em rede que traduz em infinitas informações disponíveis instantaneamente e, ao mesmo tempo, dificilmente matizáveis, tal como pode ser um banco de dados. O presente modelo é uma dialética entre transcendência e imanência. A proposta é de uma teoria do direito como circulação de sentido, um processo coletivo, ininterrupto e multidirecional de circulação do logos jurídico¹²³.

contrapor o modelo de Hermes⁵ aos modelos de Júpiter (Estado Liberal) e Hércules (Estado Social) apenas comprova o grande dilema que atravessa a metodologia contemporânea: como se interpreta e como se aplica, isto é, quais as condições que tem, o juiz ou tribunal (porque, permito-me insistir no óbvio, alguém tem que dizer por último o sentido da Constituição), para proferir as respostas aos casos em julgamento. Não parece adequada, portanto, a tese da contraposição do modelo de direito do Estado Social ao modelo de direito do Estado Liberal. Isso seria ignorar os dois pilares sobre os quais está assentado um terceiro modelo, o do Estado Democrático de Direito: a proteção dos direitos sociais-fundamentais e o respeito à democracia”. O (pós-)positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – dois decálogos necessários. *In* Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, n. 7. FDV: 2010, p. 20.

¹²¹ OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*. *In*: Academia: Revista sobre enseñanza del Derecho. Año 4, número 8, 2006, p. 111.

¹²² Ao referir a relevância da tese de Ost quando propõe o modelo ideal de juiz em Hermes, Lenio Streck deduz objeções críticas em relação ao contraponto apresentado pelo professor belga ao modelo de magistrado herculeano do professor norteamericano. As objeções de Streck centram-se no esforço que Ost faz ao enquadrar o juiz Hércules no modelo de direito do Estado social e, com isso, tornar seu juiz jupiteriano na antítese do modelo de Estado Liberal. Para Streck isso decorre do fato de que Ost não leva em consideração que o juiz Hércules é uma metáfora para ilustrar um modelo de magistratura que seja a antítese do juiz discricionário (refém da filosofia da consciência). STRECK, Lenio Luiz. *Desconstruindo os modelos de juiz: a hermenêutica jurídica e a superação do esquema sujeito-objeto*. *In*: STRECK, Lenio Luiz e BOLZAN DE MORAIS, José Luís (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, n. 4. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 104.

¹²³ OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*. *In*: Academia: Revista sobre enseñanza del Derecho. Año 4, número 8, 2006, p. 126.

Na proposta de direito pós-moderno de Ost, o juiz Hermes tem a função de elevar a democracia à condição de uma cidade universal para as gerações futuras¹²⁴, através de uma consciência ética ampliada a dimensão de comunidade universal. Esta consciência ético-jurídica necessita radicalmente da “acción combinada de los progressos científicos y de los deseos más delirantes: ingeniería genética y manipulaciones biológicas al servicio de la eugenesia, de la reproducción de clónicos, de la determinación del sexo de los hijos y otros comercios genéticos”¹²⁵.

Ao que se extrai da obra de Ost, a tarefa de Hermes é a de projetar o direito através da velha regra da prudência que em “Derecho extrae su nombre: *prudencia, jurisprudencia, jurisprudencia*”¹²⁶. Esta capacidade de integração social, contudo, só pode ser obtida por uma legitimidade de duplo aspecto. Em um primeiro momento, pela obediência a um procedimento que eleva ao segundo aspecto: o dissenso para promover o consenso.

O núcleo central desse modelo, portanto, é o discurso (racionalidade comunicativa) e a participação. Vale recordar que Hermes é o deus da comunicação, da circulação, da intermediação; é um interprete, um mediador, um porta-voz. A ideia é a de que o Direito, como signo linguístico que ontologicamente é, sempre necessita de interpretação e, portanto, é inacabado; permanece continuamente se realizando (caráter hermenêutico ou reflexivo do juízo jurídico). Para tanto, como assevera o próprio autor, é necessário dar tempo de reflexão ao Direito, tempo necessário para resgatar a memória social do Direito, para reinterpretar os discursos circundantes, algo que não é tão simples, posto que seja uma tarefa “hermenéutica, um trabajo siempre recommenzado”¹²⁷.

¹²⁴ OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*. In: Academia: Revista sobre enseñanza del Derecho. Año 4, número 8, 2006, p. 128.

¹²⁵ OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*. In: Academia: Revista sobre enseñanza del Derecho. Año 4, número 8, 2006, p. 129.

¹²⁶ OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*. In: Academia: Revista sobre enseñanza del Derecho. Año 4, número 8, 2006, p. 129.

¹²⁷ OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*. In: Academia: Revista sobre enseñanza del Derecho. Año 4, número 8, 2006, p. 130.

Diferentemente dos autores supracitados, Cass R. Sunstein não se vale da mitologia grega para ilustrar sua tese. Sunstein analisou¹²⁸ o perfil dos juízes da Suprema Corte Americana a partir da posição que assumem em seus julgamentos, detalhando mais minuciosamente os perfis básicos que os juízes recorrentemente assumem. Para Sunstein, os perfis dos juízes podem ser analisados sob quatro abordagens, a saber: o herói, o soldado, o minimalista e o mudo.

O primeiro perfil traçado por Sunstein, os heróis, são aqueles que entendem ser dever da Corte fazer a sociedade avançar. Para isso, eles devem se valer da Constituição como parâmetro para invalidar leis, políticas públicas e decisões judiciais, redirecionando a atuação estatal e a própria sociedade¹²⁹. Devido à sua importância e relevância social, a personalidade heroica pode ser a mais familiar.

As personalidades analisadas por Sunstein neste perfil de magistrado são centradas nos magistrados Earl Warren¹³⁰, John Marshall¹³¹, Anthony Kennedy¹³²,

¹²⁸ SUNSTEIN, Cass R. *Constitutional Personae*. Disponível em: <<http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:16217272>>. Acesso em 02 mar 2015.

¹²⁹ SUNSTEIN, Cass R. *Constitutional Personae*. Disponível em: <<http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:16217272>>. Acesso em 02 mar 2015, p. 3.

¹³⁰ Earl Warren (19 de Março de 1891–9 de Julho de 1974) foi governador da Califórnia entre 1943 e 1953 e Chefe de Justiça dos Estados Unidos de 5 de Outubro de 1953 a 23 de Junho de 1969. Apesar de inicialmente atuar como advogado, Warren desenvolveu uma extensa carreira política, desempenhando três mandatos consecutivos como governador do estado da Califórnia, no período compreendido entre 1943-1953. Após uma década como chefe do executivo estadual e membro do Partido Republicano, foi indicado pelo então Presidente Dwight Eisenhower para ser o 14. Chefe de Justiça, assumindo em outubro de 1953, a presidência da suprema corte. Durante o seu exercício do cargo no Supremo Tribunal, recebeu muitas queixas sobre inconstitucionalidades, como sobre leis de segregação racial, direitos civis, separação das igrejas e do estado, direitos de defesa e enquadramento penal. Era um momento político delicado, pois a Guerra da Coreia acabara de findar sem que os americanos conseguissem uma vitória, apesar do envolvimento direto no conflito. Era também a época da caça às bruxas promovida pelo senador Joseph Raymond McCarthy, com perseguições e acusações generalizadas contra cidadãos pró-comunistas. Mas, essa conjuntura não impediu que a Corte de Warren promovesse profundas mudanças tanto na parte dos direitos civis, quanto na parte dos direitos penais, impulsionadas por três casos submetidos a sua apreciação: *Brown vs. Board of Education*, *Caso Gideon v. Wainwright* e *Miranda vs. Arizona*. Também foi Earl Warren que presidiu à Comissão Warren, que investigou o Assassinato de John F. Kennedy. LEITE, Antonio José Teixeira. O ativismo judicial da suprema corte americana sob a presidência de Earl Warren. In BRANCO, Paulo Gustavo Gonet., BARROS, Janete Ricken de *Ativismo em decisões judiciais/ Organizador Paulo Gustavo Gonet Branco – Brasília : IDP, 2014*. Disponível em: <<http://www.idp.edu.br/publicacoes/portal-de-ebooks>>. Acesso em 04 abr 2015. p. 24.

¹³¹ John Marshall (24 de setembro de 1755 — 6 de julho de 1835) foi um dos revolucionários participantes da Revolução Americana, diplomata e jurista. Foi o quarto Chefe de Justiça dos Estados Unidos, presidindo a Suprema Corte dos Estados Unidos da América de 4 de Fevereiro

Antonin Scalia¹³³ e Clarence Thomas¹³⁴, dentre outros. Em todos eles o autor observa a alta e diversificada orientação ideológica e sua teoria da interpretação, referindo que dentre eles:

de 1801 a 6 de Julho de 1835, quando morreu, e nessa função se tornou o principal fundador do direito constitucional americano e consolidou o poder de revisão do judiciário. O processo, *Marbury v. MADISON* (1803), tornou-se um caso de marca de terra que institui a prática de revisão judicial por tribunais federais sobre os atos dos outros dois ramos do governo. Os tribunais federais estavam sob um ataque contínuo e determinado pelo presidente Jefferson e do Partido Republicano, que desejava trazer os tribunais sob o domínio do poder executivo. Opinião de Marshall em *Marbury v. Madison* mostrou a sua força intelectual e moral e prenunciava os pontos de vista que ele iria expressar em decisões posteriores. Ao longo de seu mandato com o tribunal, ele estava profundamente preocupado com a preservação dos direitos de propriedade privada, o reforço do prestígio e poder do tribunal, bem como o estabelecimento de um poder forte, central, federal. Disponível em: <<http://www.let.rug.nl/usa/biographies/john-marshall/>>. Acesso em 04 abr 2015.

¹³² Anthony McLeod Kennedy (23 de Julho de 1936-) é Juiz Associado da Suprema Corte dos Estados Unidos da América desde 18 de Fevereiro de 1988. Em seus anos de prática privada, Kennedy seguiu filiação política de seu pai no Partido Republicano. Ele trabalhou como lobista na Califórnia e sendo recomendando por Reagan ao presidente Gerald R. Ford para uma nomeação para o Tribunal de Apelações do Nono Circuito. Aos 38 anos, Kennedy era o mais novo tribunal federal de apelações juiz no país. Durante a administração Carter, os juizes do Nono Circuito e ganhou a maioria do pensamento liberal Kennedy se tornou o chefe da minoria conservadora do tribunal. Sua calma comportamento e personalidade amigável, muitas vezes dividido manteve as deliberações no tribunal civil. Deixando de lado a ideologia, Kennedy teve uma abordagem caso a caso, mantendo suas opiniões estreita e evitar conclusões abrangentes e retórica. Entre seus julgados icônicos estão: o voto a favor da manutenção de um componente-chave da *Affordable Care Act* de 2010 (lei de saúde do presidente Barack Obama, também conhecido como *Obamacare*); participação na decisão para garantir o direito ao casamento do mesmo sexo, no qual afirmou: "Não união é mais profundo do que o casamento, pois encarna os mais altos ideais de amor, fidelidade, dedicação, sacrifício e família. Na formação de uma união conjugal, duas pessoas se tornam algo maior do que uma vez que eles eram. Como alguns dos petionários em estes casos demonstram, casamento encarna um amor que pode suportar até mesmo a morte passado. Seria entender mal esses homens e mulheres a dizer que desrespeitar a ideia do casamento. O seu fundamento é que eles respeitá-la, respeitá-la tão profundamente que eles procuram para encontrar o seu cumprimento por si mesmos. Sua esperança não é para ser condenados a viver na solidão, excluída de um dos mais antigas instituições da civilização. Eles pedem igual dignidade aos olhos da lei. A Constituição concede-lhes esse direito.". Disponível em: <<http://www.biography.com/people/anthony-kennedy-9362868#early-life>>. Acesso em 04 abr 2015.

¹³³ Antonin Gregory Scalia foi um juiz associado da Suprema Corte dos Estados Unidos de setembro de 1986 até sua morte em fevereiro de 2016. Graduou-se na Universidade de Georgetown e na Universidade de Friburgo, Suíça; obteve seu doutorado na Faculdade de Direito de Harvard. O Presidente Ronald Reagan o nomeou juiz associado da Suprema Corte dos Estados Unidos. É o juiz de posição mais implacavelmente conservadora do Tribunal. É o membro mais conservador da corte e devido a seu caráter forte e arrogante, é frequentemente chamado de gênio do mal. Ele tem se esforçado para limitar o direito ao aborto, rejeitando a ideia de que sua posição é de motivação religiosa, sublinhando que a questão deve ser decidida no Legislativo. Ele não faz apologia à acusação de que o seu papel no caso de *Bush, v. Gore* entregou a eleição de 2000 para George W. Bush, dizendo os críticos que era a coisa certa a fazer. No julgamento do caso do *Rei v. Burwell*, também conhecida como *Obamacare*, Scalia fez manchetes em expressar sua discordância. Scalia chamou a decisão da maioria de âmbito nacional, que permitiu ao governo federal para fornecer subsídios fiscais para ajudar os americanos a comprar seguro de saúde "interpretativo trapaça" em que, em sua opinião dissidente, ele escreveu "palavras não têm mais sentido. Disponível em: <<http://www.biography.com/people/antonin-scalia-9473091#synopsis>>. Acesso em 04 abr 2015

There are Free Speech Heroes, Equal Protection Heroes, Due Process Heroes, Religious Liberty Heroes, Commerce Clause Heroes, Second Amendment Heroes, Executive Power Heroes, Takings Heroes, Standing Heroes, and many more. A judge might endorse heroism with respect to one provision but firmly reject it with respect to others. Indeed, that pattern is common¹³⁵.

Fazendo o alerta de que o termo Herói não condiz necessariamente como a aprovação do modelo, mas sim como um termo descritivo¹³⁶, Sustain refere que este perfil de magistrado pretende colaborar para reformas sociais, abrindo caminhos de vanguarda em meio à letargia e morosidade dos processos político-institucionais. Com isso, o chamado ativismo judicial parece decorrer diretamente da atuação de juízes com essa personalidade.

Diversamente, os soldados caracterizam-se por maior deferência ao processo político, entendendo como seu dever promover a concretização das normas produzidas pelos poderes politicamente legitimados. Os juízes soldados querem concretizar a Constituição, leis e atos governamentais como quem dá

¹³⁴ Clarence Thomas, nascido em 23 de Junho de 1948, é um Juiz Associado da Suprema Corte dos Estados Unidos. Thomas foi nomeado por George Bush e é o segundo negro a integrar a referida Corte. Em 1991, o presidente George H. W. Bush, Thomas bateu para substituir aposentado Supremo Tribunal Justiça Thurgood Marshall, o primeiro americano Africano para servir na corte. Os dois homens não poderia ter sido mais diferente. Marshall era amplamente conhecido como um jurista liberal e por seu trabalho pelos direitos civis antes de tomar o banco. Desde a sua nomeação em 1991, Thomas tem muitas vezes do lado de seus colegas conservadores na quadra, especialmente Justiça Antonin Scalia. Ele se opôs decisões em favor da ação afirmativa, como a decisão 2003 que continuou o programa da Universidade de Michigan da escola de Direito. Enquanto ele geralmente declina entrevistas, Thomas, baseado em suas opiniões e discursos, também apoia claramente a ideia de um governo federal muito limitado. Fiel às suas tendências conservadoras, Thomas discordaram em decisões marcantes da Suprema Corte em junho de 2015 para defender os subsídios federais fiscais da Affordable Care Act (também conhecido como Obamacare) e os direitos constitucionais dos casais homossexuais a se casar. No entanto, ele fez lado com os juízes liberais desse mês, em uma decisão que declarou o estado de Texas poderia rejeitar uma placa de licença da especialidade que caracteriza uma imagem da bandeira confederada. Disponível em: <<http://www.biography.com/people/clarence-thomas-9505658>>. Acesso em 04 abr 2015.

¹³⁵ SUNSTEIN, Cass R. *Constitutional Personae*. Disponível em: <<http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:16217272>>. Acesso em 02 mar 2015, p. 5. Em tradução livre: “Há heróis de liberdade de expressão, heróis da proteção igualitária, heróis do devido processo legal, heróis da Liberdade Religiosa, heróis da Cláusula de Comércio, heróis de segunda alteração, Heróis do Poder Executivo, heróis Tomás, e muitos mais. Um juiz pode endossar heroísmo no que diz respeito a uma disposição, mas com firmeza rejeitá-la com respeito aos outros. De fato, esse padrão é comum.”

¹³⁶ SUNSTEIN, Cass R. *Constitutional Personae*. Disponível em: <<http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:16217272>>. Acesso em 02 mar 2015, p. 4.

cumprimento a ordens superiores, entendendo não lhes competir a redefinição das valorações presentes em tais ordens.

Neste perfil de magistrado, as personalidades analisadas como soldados de primeira ordem¹³⁷ são centradas em Oliver Wendell Holmes Jr.¹³⁸ e Adrian Vermeule¹³⁹. Neles o autor observa a submissão às normas, na medida em que afirmam que estão simplesmente cumprindo ordens, não oferecendo leituras morais ou mesmo se aventurando em suas próprias contas pessoais do que a Constituição requer. Entretanto, esses tipos de soldados são inteiramente dispostos a invalidar as

¹³⁷ O tipo do herói aparece no texto subdividido em heróis de primeira ordem, empenhados em acatar as decisões advindas do processo político, e os de segunda ordem, comprometidos em proteger o significado original da Constituição de destoantes interpretações conjunturais. Em razão dessa tendência originalista, Sunstein denomina os soldados de segunda ordem como heróis-soldados, admitindo, assim, personas intermediárias.

¹³⁸ Aluno e professor de Harvard, em 1902, foi indicado para a Suprema Corte do EUA pelo presidente Theodore Roosevelt (1858-1919). Lá ficou por quase 30 anos, até 1932, quando se aposentou faltando menos de dois meses para completar 91 anos. Como juiz, de par com as suas grandes contribuições para o desenvolvimento do direito jurisprudencial, foi conhecido, no fim da carreira, como o “grande dissidente”. Reconhecido como um dos principais precursores do realismo jurídico e, ainda, da jurisprudência sociológica – levados a cabo por Roscoe Pound, Benjamin Cardozo, Jerome Frank e Karl Llewellyn –, seu pensamento pode ser considerado uma aplicação do pragmatismo (filosófico), sobretudo de Charles Peirce, ao campo do Direito, em oposição ao idealismo jusnaturalista e, especialmente, ao formalismo analítico do final do século XIX. Em seu clássico ensaio, *The Path of the Law*, ao tratar da formação das decisões judiciais, Holmes desenvolveu a teoria da racionalização posterior, baseada na premissa de que a decisão não expressa suas verdadeiras razões, mas apenas aquelas socialmente aceitáveis. A motivação antecederia e determinaria a fundamentação, embora aquela não venha explicitada nesta. Isto porque, para ele, os juízes sabem como decidir bem antes de saber o porquê. Holmes também insistia na flexibilidade da interpretação constitucional. Para Holmes, a constituição não é necessariamente um ser vivo e mutante; no entanto, gerações presentes não são prisioneiras do passado. Soluções pretéritas não são necessariamente as mais adequadas para os dias em que vivemos. Holmes desconfiava do tradicionalismo como justificador da autoridade, a usarmos concepção weberiana. Holmes também desenvolveu princípio exegético relativo a questões de liberdade de expressão, garantindo-a, de modo relativo, na medida em que critério de perigo claro e eminente deveria ser o único a orientar o intérprete. Holmes posicionava-se ao lado do trabalhador em questões trabalhistas. Holmes rejeitava também o jargão dos especialistas, escrevendo do modo menos formal possível. Ao ver de Sunstein ele foi em grande parte a um soldado, que se refletem no seu famoso bordão: “Se meus concidadãos quer ir para o inferno Eu vou ajudá-los. É o meu trabalho”. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92825/Goody%20Araldo.pdf?sequence=1>>. Acesso em 07 abr 2015.

¹³⁹ Vermeule trabalhou para juiz da Suprema Corte Antonin Scalia e Juiz David Sentelle do Tribunal de Apelações dos Estados Unidos para o Distrito de Columbia Circuit. Ele se juntou ao corpo docente da Universidade de Chicago Law School em 1998 e foi duas vezes premiado com o Prêmio da graduandos para Teaching Excellence (2002, 2004). Atualmente é professor de Direito em Harvard. O autor e coautor de oito livros, mais recentemente, *a Constituição de Risco* (2014) e *do Sistema da Constituição* (2012), ele foi eleito para a Academia Americana de Artes e Ciências em 2012. Sua pesquisa se concentra em direito administrativo, o estado administrativo, o desenho das instituições e teoria constitucional. Disponível em: <<http://hls.harvard.edu/faculty/directory/10919/Vermeule/>>. Acesso em 04 abr 2015.

ações do governo federal ou dos estados, simplesmente pelo fato de que são Soldados:

As with heroism, so with soldiering: there are Equal Protection Soldiers, Due Process Soldiers, Commerce Clause Soldiers, Second Amendment Soldiers, Article II, section I Soldiers, Takings Soldiers, Standing Soldiers, and many more. A judge might endorse soldiering with respect to one provision but reject it with respect to others, and again this pattern is common. If a judge or a court embraces heroism in some domains, it is likely to embrace soldiering in others. There is no logical necessity here, but the phenomenon is unmistakable, [...] ¹⁴⁰.

Já os minimalistas assumem uma postura essencialmente cautelosa. Sob a alegação de um dever de prudência, eles procuram evitar intervenções intensas ou abrangentes, privilegiando as práticas e tradições socialmente sedimentadas. Sob a análise predominante ¹⁴¹ do perfil de Edmund Burke ¹⁴², Sunstein cria seu perfil de magistratura minimalista, referindo que este tipo de magistrado entende ser melhor

¹⁴⁰ SUNSTEIN, *Cass R. Constitutional Personae*. Disponível em: <<http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:16217272>>. Acesso em 02 mar 2015, p. 7. E, tradução livre: “Tal como acontece com heroísmo, ocorre com os soldados: existem soldados de proteção igualitária, soldados do devido processo, soldados da Cláusula de Comércio, segunda alteração Soldados, Artigo II, Seção I Soldados, Soldados Tomás, padres soldados, e muitos mais. Um juiz pode endossar soldado com relação a uma disposição, mas rejeitá-la com respeito aos outros, e novamente este padrão é comum. Se um juiz ou um tribunal abraça heroísmo em alguns domínios, é provável para abraçar a vida militar em outros. Não há necessidade lógica aqui, mas o fenômeno é inconfundível, [...]”.

¹⁴¹ Os juízes Felix Frankfurter (1882-1965), John Marshall Harlan (1833-1911) e Sandra O'Connor (1930) também são exemplos de juízes predominantemente minimalistas trazidos à baila pelo autor.

¹⁴² Em 1765, Burke ingressou na Câmara dos Comuns, tornando-se, com o tempo, um dos mais destacados membros do partido whig, de linha liberal, e exercendo notável influência na vida pública de sua época. “Sua principal expressão como teórico político é a crítica que formulou à ideologia da Revolução Francesa, manifesta em Reflexões sobre a revolução na França e sobre o comportamento de certas comunidades em Londres relativo a esse acontecimento, de 1790. Traduzida para várias línguas, essa obra se tornou o modelo das atitudes contra-revolucionárias na Inglaterra e outros países da Europa. Nela, Burke ressalta o conceito de direito natural, que atribui à vida física e espiritual do homem grande autonomia dentro da estrutura maior da sociedade, desde que não fira a harmonia geral desta. Nessa obra, Burke situa-se em uma posição aristotélico-tomista, que busca iluminar o geral com o particular, fazendo do real o racional, e do abstrato generalizador das ideias especulativas uma ameaça aos valores penosamente adquiridos pela civilização através dos séculos.

Essas ideias transformaram Edmund Burke em um teórico do conservadorismo, que postulava o crescimento orgânico das sociedades, ao invés das reformas violentas. Suas reflexões sobre a ideologia revolucionária não só orientaram de maneira decisiva a opinião pública da Inglaterra contra a reestruturação política francesa, como passaram a constituir, para o homem inglês, o senso comum da validade do status e da hierarquia. Disponível em: <<http://educacao.uol.com.br/biografias/edmund-burke.htm>>. Acesso em 02 mar 2015

para os juízes de exercer o seu poder discricionário de uma forma que prevaleçam decisões estreitas¹⁴³, com foco sobre os fatos de casos particulares com questões fundamentais e que garanta pequenos passos incrementais, a partir do status quo. Nesse sentido, os minimalistas preferem atuações mais centradas nos casos sob julgamento, receando da produção de repercussões potencialmente perturbadoras do processo sociopolítico, cujo ritmo próprio de maturação deve ser respeitado.

Sunstein atribui ao perfil de magistratura minimalista maior respeito aos costumes e tradições socialmente sedimentadas, os quais traduziriam o resultado da experiência de gerações. Para o autor, esse tipo de personalidade constitucional possui a vantagem¹⁴⁴ de evitar equívocos que poderiam advir de voluntarismos da Corte, ao mesmo tempo em que sua ênfase na resolução do caso concreto deixa amplo espaço para a deliberação social e possível revisão da tradição

Por fim, o último perfil de magistrado, nomeado por Sunstein como mudos, são aqueles que optam pelo silêncio diante de grandes controvérsias constitucionais, preferindo manter, sempre que possível, casos altamente problemáticos fora do Tribunal, a fim de deixar o espaço aberto para a ação do processo político. Em suma, o juiz mudo é aquele que “não quer falar nada”¹⁴⁵. Entretanto, quando o pleno silêncio torna-se insustentável, eles resistem a revisões valorativas, adotando fundamentações superficiais para suas decisões, que tendem a continuar a jurisprudência sedimentada.

¹⁴³ SUNSTEIN, *Cass R. Constitutional Personae*. Disponível em: <<http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:16217272>>. Acesso em 02 mar 2015, p. 9.

¹⁴⁴ Ao reconhecer que tradições podem ser injustas, Sunstein o perfil minimalista o mais adequado para a decisão sobre temas institucionais como separação de poderes e federalismo, mas devendo ser relativizada para casos envolvendo o direito de igualdade. Assim, para o minimalista burkeano, a tradição é considerada como ponto de partida, cabendo ao juiz, a partir das particularidades do caso sob julgamento, refletir sobre a racionalidade da prática tradicional. Sunstein não disfarça sua preferência pelo minimalista, o qual julga como a persona mais adequada às sociedades democráticas, em que os temas públicos estão sob a deliberação coletiva de pessoas livres. Não sendo um devoto da supremacia judicial na interpretação constitucional, ou pelo menos não de sua versão mais ativista, mas também criticando o originalismo, o autor ressalta a necessidade de as decisões considerarem o contexto social e institucional ao invés de se fundamentarem exclusivamente em teorizações abstratas. Sunstein parece considerar o minimalista como o prudente meio termo entre os extremos contrapostos da ação (o herói e o soldado) e uma alternativa ao extremo da inação (o mudo).

¹⁴⁵ SUNSTEIN, *Cass R. Constitutional Personae*. Disponível em: <<http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:16217272>>. Acesso em 02 mar 2015, p.10.

Como o perfil de magistrado mudo não é frequente, diante da impossibilidade de os juízes se manterem silentes, Sunstein não identifica nenhum juiz da Suprema Corte como tipicamente mudo. Porém, entre os doutrinadores, Sunstein ilustra a figura de Alexander Bickel¹⁴⁶ como expoente do perfil¹⁴⁷:

Bickel's own approach emphasizes the strategic and prudential importance of silence, especially on large questions on which the nation is divided. In his account, premature judicial engagement could have a range of harmful consequences for both the nation and the Court. But others favor muteness on nonstrategic grounds, emphasizing what they regard as the restrictions of Article III. We can even identify Mute Soldiers, who maintain silence not for prudential reasons, but because of what they see as the commands of the Constitution itself.¹⁴⁸

No que tange aos perfis lançados por Sunstein, insta salientar que eles funcionam como tipos ideais, logo, não estanques. Assim, como o próprio autor

¹⁴⁶ Alexander Bickel bacharelou-se em Direito e entre 1952 e 1953 foi assessor de Felix Frankfurter, então juiz na Suprema Corte dos Estados Unidos. Conheceu a Corte no momento em que se construía um judiciário prospectivo, ativo, que a história nomeou como a Corte de Warren. Para Bickel, o ativismo de Earl Warren redundava no sacrifício da lei em favor de uma agenda política. Em 1956, Bickel começou a lecionar em Yale e revelou-se como rigoroso crítico do ativismo judicial. Concebia a política como uma projeção da maioria. O governo deveria pautar suas ações no contexto desse majoritarismo, absolutamente refletido no Executivo e no Legislativo. O Judiciário desequilibrava o jogo democrático, na visão de Bickel, que denunciava o contramajoritarismo; para Bickel, o papel da magistratura assemelhava-se à desobediência civil, tema recorrente nos Estados Unidos nas décadas de 1950 e 1960. Suas ideias culminaram na produção do livro *The Least Dangerous Branch*, no qual expõe o Judiciário como o mais fraco dos poderes. O texto é ícone no tema do combate ao ativismo judicial por expressar o pensamento do autor sobre a multiplicação do uso de princípios, como vetor hermenêutico das decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos. Para Bickel, a Corte valia-se de princípios que não se encontravam na Constituição. Boa parte dos princípios invocados pela Corte norte-americana da época de Bickel decorria, na visão desse autor, de contingente e imaginária evolução moral de uma tradição, que em verdade refletia valores individuais. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-03/embargos-culturais-alexander-bickel-metafora-judiciario-fraco-poderes>>. Acesso em 02 mar 2015.

¹⁴⁷ Sunstein critica diretamente Bickel, qualificando a proposta de Bickel, de cultivo das virtudes passivas no controle de constitucionalidade, como uma espécie de covardia, ainda que o termo seja respeitosamente evitado. A forte crítica de Sunstein chega a surpreender, tendo em vista que Bickel é comumente lembrado pelo seu perfil contramajoritário.

¹⁴⁸ SUNSTEIN, *Cass R. Constitutional Personae*. Disponível em: <<http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:16217272>>. Acesso em 02 mar 2015, p.11. Em tradução livre: “Própria abordagem do Bickel enfatiza a importância estratégica e prudencial de silêncio, especialmente em grandes questões sobre as quais o país se divide. Em seu relato, o envolvimento judicial prematuro pode ter uma série de consequências prejudiciais tanto para a nação e para o Tribunal. Mas outros são favoráveis a mudez por razões não estratégicas, enfatizando o que consideram ser as restrições do artigo III. Podemos até mesmo identificar Soldados Mudo, que mantêm o silêncio não por razões prudenciais, mas por causa do que eles veem como os comandos da própria Constituição”.

alerta eles podem variar conforme o tema sob apreciação e também quanto à intensidade, como, por exemplo, um juiz pode ser herói em relação a uniões homoafetivas, mas soldado em relação à judicialização do direito à saúde¹⁴⁹. Diferentes juízes heróis podem atuar com diferentes intensidades de reformismo social e político, da mesma forma que nem todo soldado é um originalista estrito.

Da análise das modificações do perfil da magistratura pode ser observado que, se certo era que durante muito tempo o conjunto de qualidades pessoais do juiz era dado importante para desempenhar as atividades da magistratura¹⁵⁰, atualmente não há um perfil para aceder à carreira. O que permeia o meio é a

actual crise de identidade da magistratura [que] surge na sequência do aparecimento de novos actores no palco do judiciário, no quadro do declínio de pontos de orientação históricos, do desfalcamento das normas comportamentais e da desagregação dos discursos sólidos e fixos¹⁵¹.

Paulo Bonavides¹⁵² menciona a transformação subjetiva do papel do magistrado, identificando a existência de três legisladores nos quadros do regime democrático, responsáveis pelas tarefas normativas: o legislador de primeiro grau (responsável pela criação e alterações da Lei Fundamental); o legislador de segundo grau (responsável pela edição das normas infraconstitucionais); e a figura do juiz como legislador de terceiro grau, eis que, ao ver do autor, ao dirimir conflitos e aplicar a norma jurídica ao caso concreto, legisla entre as partes. Defende o autor que a prestação jurisdicional inegavelmente tem um perfil político, natureza econômica e um escopo social definido e que, em razão disso, o fortalecimento do processo democrático passa, necessariamente, pelo Poder Judiciário.

¹⁴⁹ SUNSTEIN, Cass R. *Constitutional Personae*. Disponível em: <<http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:16217272>>. Acesso em 02 mar 2015, p. 21.

¹⁵⁰ AZEVEDO, Luís Eloy. *Seminário Internacional: o perfil do Juiz na tradição ocidental*. Org. Instituto de História do Direito e do Pensamento Político da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Conselho Superior de Magistratura. Lisboa: Almedina, 2009, p. 293.

¹⁵¹ AZEVEDO, Luís Eloy. *Seminário Internacional: o perfil do Juiz na tradição ocidental*. Org. Instituto de História do Direito e do Pensamento Político da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Conselho Superior de Magistratura. Lisboa: Almedina, 2009, p. 306.

¹⁵² BONAVIDES, Paulo. *A despolitização da legitimidade*. Portugal: Revista O Direito, 1993, I e II, p. 61.

Considerando-se que as legislações não são perfeitas a ponto de reduzir a função judicial à mera aplicação do texto legal¹⁵³, inegavelmente a tomada das decisões e conseqüentemente o delineamento perfil do magistrado nas constituições democráticas, perpassam fenômenos sociais que modificam radicalmente o próprio papel do direito e da magistratura, tais como: orgia legislativa¹⁵⁴, burocracia estatal, legislação de cunho proeminente social/promocional, crise da legalidade¹⁵⁵ dentre outros fenômenos que assolam o país.

¹⁵³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 89. De modo semelhante em Benjamin Cardozo, para quem “poucas normas hoje em dia são tão bem estabelecidas que não se possa exigir, algum dia, que justifiquem sua existência como meios adaptados para um fim”. CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 71.

¹⁵⁴ Nesse sentido Bandeira de Mello já relatava em 2003 que “[...] o último Chefe do Poder Executivo, o segundo Fernando, do início de seu primeiro mandato até o mês de agosto de 1999, expediu 3.239 medidas provisórias (inconstitucionalmente é claro), o que corresponde a uma média de 2,8 medidas provisórias por dia útil de governo (isto é excluídos feriados, sábados e domingos). Inversamente, no período foram editadas pelo congresso apenas 854 leis (entre ordinárias e complementares). Vê-se, pois, que o parlamento foi responsável tão-só por pouco mais de uma quarta parte das “leis”, pois os quase ¾ restantes são obra exclusiva do Executivo. De resto, dentre as 3.239 medidas provisórias referidas, apenas 89 delas – ou seja 2,75% - foram aprovadas pelo Congresso e convertidas em lei. Em suma: vigoraram entre nós 97,25% de medidas provisórias não aprovadas pelo congresso, a despeito de o texto constitucional literalmente determinar, como foi dito e reiterado, que tais medidas, se não aprovadas pelo congresso em 30 dias, perdem a eficácia desde o início de sua expedição. Diante deste panorama devastador, mesmo o mais tolerante dos juristas será forçado a concluir que, no Brasil atual, só por eufemismo se pode falar em Estado Constitucional de Direito, e, pois em democracia”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 96.

¹⁵⁵ A crise da legalidade, no contexto aqui analisado, deve ser entendida como o universo que comporta o espaço das decisões legislativas, administrativas e judiciais, que quando não tomadas sob o marco constitucional, ou seja, quando infiltradas por interesses privados e particulares (invasão do espaço público pelo privado) geram decisões inconcebíveis ao Estado Democrático de Direito, como, por exemplo, tem-se na matéria veiculada na edição do dia 25/10/2012 do Jornal Nacional com a seguinte notícia: “Juiz alega mensalão para anular efeitos da reforma da Previdência. O julgamento concluiu ter havido compra de votos de parlamentares na época em que a reforma foi aprovada. Ministros comentaram a decisão. Um juiz da Primeira Vara de Fazenda de Belo Horizonte decidiu anular os efeitos da reforma da Previdência para conceder um aumento de pensão a uma viúva. Geraldo Claret de Arantes argumentou que levou em consideração o julgamento do mensalão, que concluiu ter havido compra de votos de parlamentares na época em que a reforma foi aprovada, em 2003. O Instituto de Previdência dos Servidores de Minas Gerais vai recorrer da decisão do juiz de Belo Horizonte. A questão da validade da reforma da Previdência chegou a ser mencionada, durante o julgamento do mensalão. Alguns ministros se manifestaram sobre uma possível discussão futura do tema, mas não se aprofundaram. O Jornal Nacional ouviu nesta quinta-feira (25) as opiniões de dois ministros do Supremo sobre a decisão do juiz de Belo Horizonte. ‘Nós não temos ainda nenhum procedimento no Supremo sobre a matéria, e ela vai realmente surgir nos diversos patamares do Judiciário, já que o Supremo proclamou, e proclamou em bom vernáculo, que houve realmente a compra de um apoio político para a aprovação das reformas, principalmente a reforma da Previdência. Agora, se formos provocados, vamos nos pronunciar a respeito’, afirmou Marco Aurélio Mello. ‘Realmente, eu entendo que essa decisão foi extremante precipitada, porque é uma presunção de legitimidade

Partindo dessas reflexões evidencia-se um momento de redefinições e reconstruções jurídicas, em busca de novos paradigmas que sustentem a justiça como um valor social, a agilidade, prontidão, eficácia da ação judiciária e da aplicação do direito¹⁵⁶, que necessariamente perpassa pelas formas de tomada das decisões judiciais, assunto do próximo item.

2.2 O poder de Julgar: a tomada da decisão judicial e o protagonismo judicial

Como anteriormente abordado há uma crise de identidade da magistratura, sendo que não há um perfil de magistrado para ascender à carreira¹⁵⁷, dadas às transformações subjetivas do papel do magistrado¹⁵⁸. Desta forma, para analisarmos o papel do juiz no Estado Democrático de Direito cumpre, brevemente, abordar a evolução do processo de tomada das decisões judiciais ao longo das mudanças da concepção de Estado, com o fito de, ao fim, verificar se contemporaneamente estamos diante de um protagonismo/ativismo¹⁵⁹ judicial, este relacionado a uma participação mais ampla e intensa por parte do Poder Judiciário na concretização de valores e fins constitucionais, implicando uma maior interferência nas esferas de atuação dos demais poderes da federação.

das leis. Enquanto o Supremo Tribunal Federal não declara a lei inconstitucional, é dever de ofício de o magistrado aplicar a lei, e não levar em consideração uma decisão que sequer ainda foi adotada com quórum necessário para afastá-la do mundo jurídico", opinou Luiz Fux". Disponível em <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2012/10/juiz-alega-mensalao-para-anular-efeitos-da-reforma-da-previdencia.html>>. Acesso em 28 out 2012.

¹⁵⁶ ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. *Seminário Internacional: o perfil do Juiz na tradição ocidental*. Org. Instituto de História do Direito e do Pensamento Político da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Conselho Superior de Magistratura. Lisboa: Almedina, 2009, p. 328.

¹⁵⁷ AZEVEDO, Luís Eloy. *Seminário Internacional: o perfil do Juiz na tradição ocidental*. Org. Instituto de História do Direito e do Pensamento Político da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Conselho Superior de Magistratura. Lisboa: Almedina, 2009, p. 293.

¹⁵⁸ BONAVIDES, Paulo. *A despolitização da legitimidade*. Portugal: Revista O Direito, 1993, I e II, p. 61.

¹⁵⁹ O ativismo vincula-se ao uso deliberado dos mitos, que são construções teóricas sem nenhuma garantia de verdade e, em alguns casos, decididamente falsas, mas que são, ou se acreditam, aptas a dirigir a ação para o êxito. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 5. ed. Trad. Alfredo Bossi. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 90.

Igualmente, vislumbrou-se no item anterior que o processo de tomada da decisão jurídica foi fortemente influenciado pelo momento político-social de atuação do magistrado. Na medida em que, na vida do Estado, o momento legislativo não pode ser entendido separado do momento jurisdicional, tendo em vista que legislação e jurisdição constituem dois aspectos de uma mesma atividade contínua que pode ser denominada jurídica¹⁶⁰, a atividade da magistratura deve ser compreendida em suas raízes históricas, políticas e sociais.

Assim, tendo por base os perfis da magistratura anteriormente abordados, pode-se inferir que a jurisdição teve, em seus primórdios, a função meramente declarativa, adequada ao momento histórico vivido pelo Juiz Boca da Lei de Montesquieu, onde lhe era impossibilitado interpretar a lei, a qual era concebida como um sistema completo¹⁶¹. O movimento legalista, que culminou na figura do juiz

¹⁶⁰ CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. Trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999, v. I, p. 107. Calamandrei firma sua tese referindo não ser possível trazer um conceito de jurisdição que seja válido para todos os povos e tempos em razão da relatividade histórica. Entretanto, classifica os métodos de formulação do direito de acordo com a função jurisdicional em jurisdição de equidade (método de formulação do direito para o caso singular, em que a função do juiz é eminentemente criativa do direito e da política) e a jurisdição de direito (que ao julgador cumpre apenas observar as leis e fazê-las observar, não lhe sendo lícito formular valorações críticas acerca do direito, justiça, injustiça ou mesmo das regras legais). CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. Trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999, v. I, p. 95/102. Esta classificação também pode ser transposta às duas concepções de Estado de Direito mencionadas por Ronald Dworkin, em que a primeira é centrada no texto legal (pela qual o poder estatal não deve ser exercido contra os cidadãos individuais, a não ser de acordo com regras especificadas em um conjunto de normas públicas à disposição de todos, que pautam a ação do governo e dos demais cidadãos, até que sejam alteradas, consonância a critérios predefinidos no conjunto de normas) e a segunda concepção centrada nos direitos (que pressupõe que os cidadãos tenham direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado, os quais devem ser reconhecidos no Direito positivo, para que possam ser impostos quando exigidos por cidadãos individuais, tratando como parte do ideal do Direito que o texto discipline e aplique os direitos morais). As posturas dos juízes na primeira concepção consiste em decidir casos controversos tentando descobrir o que realmente está no texto jurídico, sem, todavia, decidir tais casos com base e seu próprio julgamento político, uma vez que tal tipo de decisão seria sobre o que deveria estar no texto e não sobre o que, efetivamente, está lá. Já na segunda concepção a postura do magistrado é a de responder se o demandante tem o direito moral a receber o que exige, sendo o texto legal relevante no encontro da resposta, mas não a fonte exclusiva de tais direitos. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 6/15.

¹⁶¹ O sentido de completude das normas é definido por Bobbio nos seguintes termos: “entende-se a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso. [...] um ordenamento é completo quando jamais se verifica o caso de que a ele não se podem demonstrar pertencentes *nem* uma certa norma *nem* a norma contraditória”. BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria celeste C. J. Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1999, p. 115/124.

boca da lei, foi impulsionado pela atividade legislativa decorrente da ascensão da burguesia ao poder, surgindo, então, as grandes codificações.

Entendia-se que a positivação da vida social em códigos impedia o arbítrio dos intérpretes, na medida em que o direito se encontraria em textos autenticados pelo Estado¹⁶². Leis e códigos: nisso consistia o direito. Destarte, o juiz nada mais deveria fazer, a não ser aplicar a lei, que representava positivação dos direitos daquela classe dominante.

A concepção de Estado mínimo representava o modelo ideal, na medida em que assegurava ampla liberdade nas atividades econômicas à burguesia, sem prescindir da intervenção do Estado em assuntos de seu interesse e resguardando, portanto, a soberania. Igualmente, no Estado Liberal, a produção do direito era pautada para a resolução dos conflitos em âmbito individual, bem como pela intervenção mínima do Poder Judiciário¹⁶³.

Desta forma, no âmbito do liberalismo, os tribunais atuam dentro de um quadro jurídico-político pré-constituído, apenas lhes competindo garantir concretamente a sua vigência. A atuação somente ocorrerá a partir de uma provocação das partes ou de outros setores do Estado e, por este motivo, a disponibilidade dos tribunais para a solução das lides mostra-se abstrata, somente se convertendo numa oferta concreta na medida em que ocorre uma procura social efetiva.

Diante deste panorama, o poder dos tribunais possui a característica da retroatividade, ou seja, atuam no sentido de reconstituir uma realidade normativa

¹⁶² GOMES, Luis Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito supraconstitucional: do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 27.

¹⁶³ De fato, a neutralização do Judiciário é uma das peças importantes na caracterização do Estado de Direito burguês. Ela se torna, no correr do século XIX, a pedra angular dos sistemas políticos desenvolvidos. Em consonância com o princípio da tripartição dos poderes, ela será o eixo que permitirá a substituição da unidade hierárquica, concretamente simbolizada pelo Rex, por uma estrutura complexa de comunicação e controle entre forças mutuamente interligadas. A neutralização assinalará a importância da imparcialidade do juiz e o caráter necessariamente apartidário do desempenho de suas funções. FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência*. Revista USP. São Paulo, n. 21, p. 13-21: Coordenadoria de Comunicação Social (CCS) / USP, 1994, p. 14-15

plenamente constituída. O papel do Judiciário circunscrevia-se à aplicação das normas, não havendo possibilidade de interferir nas funções políticas do legislativo¹⁶⁴

Com isto, em atendimento a esse modelo legalista-positivista, o juiz ao sentenciar não possuía a liberdade de apreciar as particularidades de cada caso concreto. Era um ser inanimado, fadado a uma atividade de silogismo, onde sua função se resumia a julgar atendendo exclusivamente à lei, sem espaço para interpretações ou valoração do justo. A lei devia ser aplicada não por ser justa àquela situação posta em juízo, mas por ser a vontade imperativa do Estado¹⁶⁵. Assim, “pelos lábios do juiz a vontade concreta da lei se afirma tal e se atua como se isso acontecesse por força sua própria, automaticamente”¹⁶⁶.

O sustentáculo do liberalismo foi a doutrina da separação dos poderes, admitida como verdadeiro dogma. Em Montesquieu tem-se que

[...] há em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil. Pelo primeiro, o príncipe ou o magistrado cria as leis para um tempo determinado ou para sempre, e corrige ou ab-roga aquelas que já estão feitas. Pelo segundo, determina a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne invasões pelo terceiro, pune os crimes e julga as questões dos indivíduos. Chamaremos este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado¹⁶⁷.

¹⁶⁴ DAMASKA, Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del estado*. Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 82.

¹⁶⁵ TOSTA, Jorge. *Manual de interpretação do Código Civil: as normas de tipo aberto e os poderes do juiz*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p.8.

¹⁶⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 2000, p. 17. Esta visão de processo pode ser traduzida na lição de Chiovenda, para quem o processo deve conduzir aos postulantes o mesmo resultado que seria obtido se espontaneamente observados os preceitos legais “*Il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi há um diritto tutto quello e proprio quello ch’egli ha diritto di conseguire*”. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 2000, p. 110.

¹⁶⁷ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do espírito das leis*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 156.

A autonomia da função jurisdicional, preconizada pela divisão dos Poderes na teoria montesquiana¹⁶⁸, apresentava-se como forma de garantia e observância à lei e, também, de evitar oscilações administrativas e/ou políticas. A primeira constituição a adotar o princípio da separação dos poderes foi a norte-americana de 1787. Já a Declaração dos Direitos do Homem de 1791 preconizava que “toda sociedade que não assegura a garantia dos direitos nem a separação de poderes não possui constituição”. A separação dos poderes era, portanto, condição para o rompimento com o Estado então absolutista, enfim, com a ingerência do dito soberano nos cursos das vidas dos cidadãos.

Na verdade, só com a divisão dos poderes e sua determinação de atribuições é que uma maior garantia individual é assegurada ao cidadão, “seja pela certeza do direito que regula as relações sociais, seja pelo fato de tanto os órgãos do poder executivo quanto os do poder judiciário, privados da atividade legislativa no exercício de suas funções, serem contidos nos limites de normas pré-constituídas pelos órgão do poder legislativo”.¹⁶⁹

Todavia, proclamar direitos não significa assegurá-los. E o Estado Liberal revelou-se profícuo em proclamar direitos, fazendo vazar normas jurídicas dotadas de liberdades públicas, não se preocupado em estabelecer meios para que os direitos reconhecidos fossem efetivados. Com isso, o Estado assumiu uma posição passiva, abstendo-se de fazer cumprir com os direitos e garantias fundamentais que eram proclamadas.

¹⁶⁸ À Montesquieu deve-se realmente a teoria da separação dos poderes. Entretanto, a ideia da separação dos poderes remonta, na verdade, à antiguidade. Já mesmo em Aristóteles ela é encontrada como observa Jellinek: “a célebre teoria de Aristóteles sobre as três partes do poder, limita-se, simplesmente a descrever os caracteres típicos dos Estados Gregos daquela época, Senado, Autoridades Tribunal Popular, e as atividades que estes exercitam, derivam de uma divisão dos assuntos do Estado.” JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Buenos Aires: Albatros, 1973, p. 452. E, ainda, consoante registra Bonavides, Locke, em sua obra “Segundo Tratado sobre o Governo” faz alusão à matéria com base na prática inglesa. Porém, o célebre livro de Locke ficou longe de alcançar os efeitos da sistematização teórica da separação dos poderes e sua divulgação no mundo político. Em Locke, “o poder se limita pelo consentimento, pelo direito natural, pela virtude dos governantes, de maneira mais ou menos utópica. Em Montesquieu, sobretudo pela técnica de sua organização, de forma menos abstrata.” BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 8. ed. São Paulo, Malheiros, 2007, p. 164.

¹⁶⁹ GROPPALI, Alexandre. *Doutrina do Estado*. Trad. Paulo Edmur de Souza Queiroz. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1962.

Como Paulo Bonavides afirma, embora tenha sido o sustentáculo do liberalismo, a doutrina da separação dos poderes teve seu declínio¹⁷⁰:

[...] a teoria da divisão de poderes foi, em outros tempos, arma necessária da liberdade e afirmação da personalidade humana (séculos XVIII e XIX). Em nossos dias é um princípio decadente na técnica do constitucionalismo. Decadente em virtude das contradições e da incompatibilidade em que se acha perante a dilatação dos fins reconhecidos ao Estado e da posição em que se deve colocar o Estado para proteger eficazmente a liberdade do indivíduo e sua personalidade¹⁷¹.

Pode-se afirmar que no Estado Liberal havia um vazio de legitimidade, na medida em que o império da lei reduzia-se à mera função técnica da garantia e da seguridade das normas jurídicas. De sorte que “la legalidade del Estado de Derecho se presentaba como incapaz de sustituir a la legitimidad. Este vacío de la legitimidad provoca por otra parte que surjan nuevas definiciones materiales del Estado de Derecho que sin duda reflejan las ideas de justicia que están detrás de cada una de las ideologías”¹⁷².

¹⁷⁰ Merryman refere que o afastamento de dois dogmas da tradição jurídica romano-canônica terminaram por aproximar o sistema jurídico ao Direito praticado nos países da *common law*: o da estrita separação dos poderes e o da total sujeição do juiz à vontade legislativa. O autor sustenta que é do recuo destes dois dogmas que ocorreu uma reavaliação do papel dos juizes na Europa e na América Latina, advindo o reconhecimento de que o juiz continental europeu age de uma maneira muito semelhante à dos juizes da *common law*. MERRYMAN, John Henry. *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*. México: Fondo de Cultura Económica, 1979, p. 111.

¹⁷¹ Com o passar dos anos, constatado o fato de que a revolução da burguesia consubstanciou, apenas, um regime de consagração formal de direitos individuais e sociais (e não um sistema de efetiva concretude desses direitos) na verdade, a mera substituição de classes dominantes (dos senhores feudais para a burguesia) a doutrina da separação dos poderes teve certo declínio, ante a necessidade de acomodação dos regimes aos esquemas constitucionais que já não mais propugnavam por um sistema de mera garantia formal, mas pela concretização dos direitos sociais reconhecidos. Na realidade, a separação dos poderes, elevada a dogma, estava a frustrar em grande medida a concreção dos direitos sociais, de sorte que se impuseram algumas correções do sistema então em voga para que à concretização em questão não se opusessem grandes obstáculos. Impunha-se, para a realização da citada correção, não somente a declaração formal dos direitos fundamentais do homem (princípio liberal) mas o resguardo da participação do homem na formação da vontade do Estado (princípio democrático) ou seja, conferir-se a esse Estado a capacitação necessária para a concessão dos favores de que a sociedade necessitava. De se salientar que Bonavides demonstra predileção pelo sistema parlamentarista, pois em sua visão o sistema presidencialista inclina-se mais ao ideário liberal da separação dos poderes e com isso advoga a necessidade da redução dessa separação de poderes, a revitalização do ideal. BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 8. ed. São Paulo, Malheiros, 2007, p.86.

¹⁷² BÖCKERNFÖRDE, Ernest Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000, p. 32.

Com isso, o modelo do Estado liberal mínimo perdeu suas forças diante da falta de controle do poder econômico, resultando na expansão do social em detrimento do individual. Conseqüentemente, a visão do juiz Boca da lei tornou-se obsoleta (especialmente na contemporaneidade, eis que não coaduna mais com o Estado Democrático de Direito, o qual tem “conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como Estado Social de Direito, a uma adaptação *melhorada* das condições sociais de existência”¹⁷³).

Com a crise do Estado liberal, o Estado passa a ser governo para o bem-estar social, caracterizado por forte intervencionismo e exacerbação do Poder Executivo, em que o mínimo de condições materiais é pressuposto para a liberdade real e o objetivo do Estado é a realização dos direitos sociais.

O desenvolvimento do Estado Social deve-se a motivos de ordem política: em face da luta pelos direitos individuais de terceira geração, pelos direitos políticos propriamente ditos e pelos direitos sociais; e, por motivos de natureza econômica: em razão da transformação da sociedade agrária em industrial¹⁷⁴. Ou seja, na busca da superação da contradição entre a igualdade política e a desigualdade social, surge, sob distintos regimes políticos, a ideia desse Estado, um estado de todas as classes, um Estado de conciliação, um Estado mitigador de conflitos sociais, um Estado pacificador entre o trabalho e o capital.

A opção social veio para corrigir as falhas do Estado Liberal sem, contudo, desconsiderar os seus pressupostos filosóficos. Com Canotilho tem-se que “ao contrário do que a teoria liberal defendia, não [se] postula a abstinência estatal, antes, [se] exige uma intervenção pública estritamente necessária à realização

¹⁷³ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência Política e Teoria Geral de Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 90/91.

¹⁷⁴ Em apertada síntese é o que se extrai das obras de: MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a Transformação dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002; STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência Política e Teoria Geral de Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000; BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1997; e MOREIRA, Alexandre Mussoi. *A transformação do Estado: neoliberalismo, globalização e conceitos jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

destes direitos; a intervenção estatal é concebida não como um *limite*, mas como um *fim* do Estado”¹⁷⁵.

Neste modelo de Estado há uma predominância do Poder Executivo, circunstância que acarreta uma mudança na conformação da teoria da separação dos poderes. O Executivo passa a se utilizar de novos instrumentos jurídicos que entram em confronto com o âmbito judicial clássico, acarretando uma sobrejuridificação da realidade social, que põe fim à coerência e à unidade do sistema jurídico.

O Estado social é, desta forma, um Estado intervencionista que busca prover certas necessidades existenciais mínimas dos cidadãos que, por fatores alheios à sua vontade, veem-se na impossibilidade de, por si próprios, proverem essas necessidades e, portanto, têm no Estado, mediante sua ação política, o elo de garantia dessa proteção. Surgiram, então, questões emblemáticas como a positivação de princípios jurídicos e de direitos fundamentais nas constituições modernas, ampliando os limites de interpretação jurídica direcionada a um imaginário do ético e do justo e, também, a massificação da tutela jurídica nos conflitos, transformando o Judiciário em uma alternativa para o exercício do jogo político. A Constituição, enquanto texto jurídico normativo passou, mais do que nunca, a exigir uma interpretação que submeta o texto às relações de contexto¹⁷⁶.

Assim, impôs-se a necessidade de repensar o sistema de tutela dos direitos fundamentais, o que acabou por exigir uma ampla atuação dos Poderes Executivo e Judiciário. Com efeito, a fim de cumprir as promessas albergadas na Constituição, não era mais possível admitir-se a manutenção do ordenamento jurídico nos padrões anteriores.

Conforme leciona Celso Fernandes Campilongo,

¹⁷⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 1998, p. 519.

¹⁷⁶ Nas palavras do autor, não se tem levado em consideração a importância do contexto na interpretação constitucional, conquanto a interpretação não tenha considerado tópicos importantes como: “De onde vem o sentido do texto Constitucional? Como chegar a ele?”. SILVA, Jose Afonso. *Direito Constitucional Contemporâneo: homenagens ao Professor Paulo Bonavides*. Fernando Luiz Ximenes Rocha e Filomeno Moraes (Org.). Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 439.

A passagem do Estado liberal para o Estado social revelará, constantemente, os limites da “ideologia da fidelidade à lei”. A “complicada convivência” do Estado de Direito com o chamado Estado de bem-estar social fica evidenciada pelo necessário recurso a novas categorias cognitivas da parte do intérprete. Caminha-se, assim, da hermenêutica de bloqueio para a hermenêutica de “legitimação de aspirações sociais” (cf. Tercio Sampaio Ferraz Jr.). A força persuasiva da ideologia do juiz subordinado à lei não se coaduna mais com a difusão de uma cultura sociológica que, geralmente de modo sutil, incorpora-se à tradição jurídica legalista.¹⁷⁷

Com a expansão dos Poderes Legislativos e Executivo e, via de consequência, a sobrecarga de trabalho destes Poderes, levaram o Estado Social a se transformar em Estado Administrativo¹⁷⁸. A par disso observou-se um aumento na descrença e desconfiança dos aludidos poderes, de sorte que instalou-se uma crise de legitimação democrática, em que se desfez a crença na lei como produto da vontade geral, elaborada pelos representantes do povo, para prevalecer a vontade de um grupo mais forte e dominante, sendo vista a produção legiferante como “fruto de um lobby e das pressões de grupos”¹⁷⁹.

A concepção clássica da lei como produto da vontade geral foi alterada para se tornar “um produto de vontades partidárias ou coligações majoritárias, em que o governo dita à maioria parlamentar o programa legislativo e o próprio conteúdo das leis”¹⁸⁰. O cidadão comum que não faz parte de um grupo poderoso e não tem condições de influir politicamente vê-se impotente e em completo abandono, ou seja, paradoxalmente “o ideal do bem estar geral, em que se fundou o

¹⁷⁷ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Judiciário e a democracia no Brasil*. Revista USP. São Paulo, n. 21, p. 116-125: Coordenadoria de Comunicação Social (CCS) / USP, 1994, p. 124

CAPELLETTI, Mauro. *Juízes Irresponsáveis?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 39.

¹⁷⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 2007, P. 81/82. Dallari também faz a advertência de que neste contexto, o juiz escravo da lei tem grande possibilidade de ser, na realidade, escravo dos compradores da lei

¹⁸⁰ MORAIS, José Luis Bolzan de; et al. *A jurisprudencialização da Constituição. A construção Jurisdicional do Estado Democrático de Direito*. In anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito 2002. São Leopoldo: UNISINOS, 2002, p. 318.

‘estado social’, o *État providence* ou *welfare state*, terminou por lavrar o campo no qual cresce a planta tentacular da infelicidade geral”¹⁸¹.

Outro aspecto que Estado social trouxe foi o problema da liberdade positiva/participativa, que não é um princípio a ser defendido, mas a sim, a ser realizado: “Com a liberdade positiva, o direito à igualdade se transforma num direito a tornar-se igual nas condições de acesso à plena cidadania”¹⁸². Ainda merece consideração que as aspirações sociais advindas do Estado Social constantes no catálogo de Direitos Fundamentais e Sociais foram proclamadas de forma linguística diferenciada, com formulação genérica e aberta, a reclamar a efetivação de prestações positivas dos poderes públicos, o que também acabou por tencioná-los e desacreditá-los perante a sociedade. Todos estes aspectos acabaram por lançar as utopias do estado social na esfera da judicialização.

Com a afirmação do Estado social, inúmeras expectativas materiais transformaram-se em autênticas pretensões jurídicas. E, esse panorama, o Poder Judiciário aparece no imaginário social como última saída, como uma forma de projeção do sentido do Direito para o futuro, passando a ser chamado para uma avaliação prospectiva e um julgamento do que ele é, do que deve ser e do que pode fazer. Assim, o Judiciário, assoberbou-se perante os direitos sociais (ou sua violação), não lhe cabendo apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei, mas também e sobretudo examinar “se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados (responsabilidade finalística do juiz que, de certa forma, o repolitiza)”¹⁸³.

Em consequência, altera-se a atuação da magistratura, já que os litígios judiciais passam a admitir e a exigir novas formas de direito de ação. A neutralidade do juiz é afetada, ao ver-se ele posto diante de uma corresponsabilidade no sentido

¹⁸¹ CAPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 45.

¹⁸² FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência*. Revista USP. São Paulo, n. 21, p. 13-21: Coordenadoria de Comunicação Social (CCS) / USP, 1994, p. 19.

¹⁸³ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência*. Revista USP. São Paulo, n. 21, p. 13-21: Coordenadoria de Comunicação Social (CCS) / USP, 1994, p. 19.

de uma exigência de ação corretiva de desvios na consecução das finalidades a serem atingidas por uma política legislativa. Há um incremento dos poderes do juiz¹⁸⁴ e mais, conforme Nicola Picardi assinala, “o fenômeno resulta acelerado, sobretudo pela patologia de uma legislação oscilante entre a inflação em alguns setores e a inatividade de outros.”¹⁸⁵.

A atribuição que classicamente a teoria da divisão dos poderes determinava exclusivamente ao Legislativo e ao Executivo, passa a ser imputada também ao Judiciário. Ou seja, se em razão das condições sociopolíticas do liberalismo sustentavam a neutralização política do Judiciário como consequência do princípio da divisão dos poderes, com o Estado social ocorreu a transformação dessas condições. Desenvolveram-se exigências no sentido de uma desneutralização do juiz, na medida em que ele é chamado a exercer uma função socioterapêutica:

O papel inovador do juiz estaria, portanto, não na política, mas na reestruturação do tecido da sociabilidade, especialmente nos “pontos quentes”, como os do menor, das drogas e da exclusão social em geral. Nesses lugares socialmente estratégicos, o juiz procederia como o engenheiro e o terapeuta social, comportando-se como foco de irradiação da democracia deliberativa, e vindo a desempenhar uma função essencial na explicitação de um sentido do direito, que não se encontraria mais referido a uma ordem ideal de onde, por reflexo, deveria provir.¹⁸⁶

Não se tratava de uma simples correção da literalidade da lei no caso concreto por meio de equidade ou da obrigatoriedade, ou sequer de olhar os fins sociais a que ela se destina, mas sim de libertar-se do condicionamento da estrita legalidade que em outros tempos era imposto ao juiz Boca da Lei. A responsabilidade do Juiz neste momento tinha o condão de alcançar o sucesso

¹⁸⁴ Capeletti leciona que “É sabido que, com a passagem do Estado liberal par ao Estado social de direito, as tarefas do magistrado e dos aparelhos administrativos se multiplicam. Mas a ampliação destes aparelhos determinou, para além e contra as intenções, um incremento dos poderes do juiz. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

¹⁸⁵ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 5.

¹⁸⁶ VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 27

político das finalidades impostas pelas exigências do Estado Social. Ou seja, de mero expectador do processo o juiz passa a ser protagonista¹⁸⁷ e, como o Legislativo e o Executivo, “o Judiciário torna-se responsável pela coerência de suas atitudes em conformidade com os projetos de mudança social, postulando-se que eventuais insucessos de suas decisões devam ser corrigidos pelo próprio processo judicial”.¹⁸⁸

No final da década de 1970 começaram a surgir os primeiros indicadores de uma crise do Estado social: a sobrecarga de trabalho dos Poderes Legislativos e Executivo e a institucionalização do Judiciário como o concretizador das políticas sociais; a alteração da concepção clássica da lei como produto da vontade geral e a massificação das demandas; a incapacidade financeira do Estado para atender às despesas sempre crescentes da providência estatal, dentre outros. A percepção destes fatores, levaram a redução da incessante luta por justiça distributiva à indagação feita por Bolzan e Streck: como pode o Estado atuar para resgatar a imensa dívida social?¹⁸⁹

Todas essas questões culminaram na falência do Estado Social, ou a condição de não-consolidação nos quadros da modernidade tardia brasileira como alegam os doutrinadores¹⁹⁰, tornando necessário (re)pensar o arranjo democrático.

¹⁸⁷ Carlos Alberto Álvaro de Oliveira assinala que o juiz passa a ter papel preponderante na atividade judicial, dirigindo o processo e mantendo sua marcha rápida e regular, bem como tornou-se fundamental a nova concepção a necessidade de um processo mais voltado a oralidade, onde a relação do juiz passa a ser direta e imediata com as partes e as provas, as quais passam a ser livremente apreciadas. Com isso o processo não fica nas mãos das partes, tal como acontecia no liberalismo, mas sim nas mãos dos juízes. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo do processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 55. Dierle José Coelho Nunes relembra que neste período foram propostos alguns princípios para assegurar o desenvolvimento do processo e a atividade do magistrado, a saber: a necessidade da imediatidade entre o juiz e a parte, a identidade física do juiz, a irrecorribilidade das decisões interlocutórias, dentre outros. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 86.

¹⁸⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência*. Revista USP. São Paulo, n. 21, p. 13-21: Coordenadoria de Comunicação Social (CCS) / USP, 1994, p. 18.

¹⁸⁹ BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria do estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 75/85. Bolzan de Moraes e Lenio Streck, referem que os direitos de cunho social no Brasil sequer chegaram a ser realmente implementados, pois tão logo surgiram foram atravessados por um período ditatorial de mais completa restrição de direitos

¹⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 21/32

Erige-se, então, a bandeira do Estado Democrático de Direito¹⁹¹ como forma de assentar os pressupostos filosóficos do liberalismo e do Estado Social. Assim, a liberdade passou da significação de uma liberdade-autonomia para uma liberdade-participação, cuja preocupação não é mais o homem indivíduo, mas sim o homem membro da sociedade.

Nesse contexto o princípio da legitimidade assumiu essencial importância: não basta a desconcentração do poder, mas sim que seja exercido pelos órgãos competentes. Igualmente, não basta a proclamação de direitos, mas sim que os cidadãos tenham garantias de preservá-los. Ou seja, tornou-se imprescindível que o arranjo democrático revelasse a vontade da maioria dos indivíduos de sorte a legitimar a repartição dos benéficos e, também, dos prejuízos.

O consenso democrático não é construído apenas definindo-se quem e com quais procedimentos está legitimado a decidir. Ao contrário, divisa-se ao lado disso “um projeto de rearranjo das relações intersubjetivas que está calcado [...] na ideia de um viver comunitário, onde os interesses que atingem os indivíduos produzem inevitavelmente benefícios ou prejuízos compartilhados, desde uma perspectiva na qual o projeto democrático apresente-se como uma utopia em constante (re)construção.”¹⁹²

No que tange a atuação do magistrado, em primeiro plano, vale destacar que no período sócio-político vivenciado pela globalização econômica deu azo à emergência de um novo direito, depois de décadas de absoluto controle estatal.

¹⁹¹ Canotilho expressa a importância do Estado moderno não se limitar apenas a um Estado de Direito, mas também de democracia. Para o autor o Estado antes de ser de Direito é de política, de democracia. Neste sentido a melhor expressão para designar o *Estado de Direito*, segundo Canotilho, é *Estado Democrático de Direito*, e não *Estado de Direito Democrático*. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 1998, p. 98. No mesmo norte já preconizava Montesquieu que é a democracia como fundamento (governo do povo), funcionamento (governo pelo povo) e finalidade (e para o povo) que define o direito em nosso sistema jurídico. Assim, o juiz fica adstrito ao cumprimento da lei. Não esquecemos os velhos, mas sábios conselhos de Montesquieu de que o juiz é a bouche de la loi. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do espírito das leis*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010, Livro XI.

¹⁹² MORAIS, José Luis Bolzan de; et al. *A jurisprudencialização da Constituição. A construção Jurisdicional do Estado Democrático de Direito*. In anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito 2002. São Leopoldo: UNISINOS, 2002, p.45.

Houve a necessidade de se promover uma nova produção legislativa, acarretando, assim, uma nova sobrecarga legislativa, trazendo mais um elemento complicador ao caos normativo na medida em que este novo direito deve conviver com o direito nacional.

As práticas no estado pós-social buscam calibrar as questões jurídicas daí decorrentes:

Ao combinar as hermenêuticas de bloqueio e legitimação com uma interpretação reflexiva – isto é, que espelhe a correlação de forças sociais, o momento econômico e a capacidade circunstancial de resposta do sistema político –, as práticas do Estado pós-social nada mais fazem do que calibrar, em função da escassez de recursos, as expectativas e pretensões jurídicas. Começam a ganhar corpo, no discurso jurídico, teses como a da “impossibilidade material” de aplicação do direito, da “ineficácia absoluta das decisões”, do “direito supralegal”. Dois aspectos podem ser ressaltados: primeiro, que esse esforço conceitual é produto da “crise do Estado”, das dificuldades de enfrentamento das questões jurídicas daí decorrentes, e das limitações dos instrumentos que a vulgata do formalismo jurídico coloca à disposição do exegeta; segundo, que a “flexibilização” do Direito provocada pela interpretação reflexiva multiplica a instabilidade interna do sistema normativo e a insegurança externa dos destinatários da regra jurídica.¹⁹³

No que diz respeito mais diretamente aos direitos fundamentais sociais, o problema que se põe, nesse momento de redefinição das funções do Estado, é o de se saber quais as correspondentes inovações no plano da atividade judicial¹⁹⁴. Dentro desta perspectiva, importante se mostra uma análise mais detida a respeito da atuação do Poder Judiciário, onde a necessidade imperiosa da concretização dos direitos fundamentais e suas respectivas garantias, sobretudo os de segunda dimensão, mostra-se ainda mais evidente. Isso porque, não é a mera declaração formal de tais direitos e garantias ou mesmo a existência de um significativo número de leis que caracterizarão o Estado Democrático de Direito.

¹⁹³ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Judiciário e a democracia no Brasil*. Revista USP. São Paulo, n. 21, p. 116-125: Coordenadoria de Comunicação Social (CCS) / USP, 1994, p. 124

¹⁹⁴ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Judiciário e a democracia no Brasil*. Revista USP. São Paulo, n. 21, p. 116-125: Coordenadoria de Comunicação Social (CCS) / USP, 1994, p. 124.

O que se observa, com a evolução do Estado desde sua matriz individualista até sua matriz mais intervencionista e paternalista, é uma transformação da própria noção de jurisdição na qual cada vez mais é atribuído caráter social e político ao espaço da decisão jurídica. Capelletti já alertava que mais cedo ou mais tarde os juízes deverão aceitar a realidade da transformada concepção do direito e da nova função do Estado, quando, então, se tornará difícil que lhes impeça dar sua própria contribuição à efetivação dos programas sociais¹⁹⁵.

Disso decorre que há uma estreita conexão entre as transformações do papel do Estado com a efetivação de direitos de forma paternalística, o que acaba por lançar os magistrados a uma função pela qual não estão habilitados: criar o direito. Nesse contexto cada vez mais abre-se espaço para a necessidade do debate acerca do processo de interpretação da norma, na medida em que a tomada da decisão judicial necessariamente passa por este processo.

A investigação do sentido de uma norma não pode ser reduzida ao exame de sua *ratio* linguística, ou mesmo a apuração de sua lógica e finalidade, que não pode ser procedida sem conectá-la ao sistema normativo ou do contexto cultural e social em que ela deva incidir. O intérprete deve considerar a conjugação da letra da lei e os princípios e valores culturais e sociais nela contidos. Somente com isto é que a norma ganhará o sentido acertado, consoante leciona Gadamer: “a tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, ou seja, é a tarefa da aplicação. A complementação produtiva do direito que se dá aí está obviamente reservada ao juiz”¹⁹⁶.

Dessa forma, interpretar o direito é aplicá-lo. E neste ato, o trabalho do magistrado assume real importância na medida em que complementa o direito. Consoante Merryman leciona:

Em la práctica, el juez no se siente descargado de la necesidad de interpretar y aplicar los estatutos porque no tiene una ley clara,

¹⁹⁵ CAPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 42.

¹⁹⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método, Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p. 452

completa, coerente y previsor. Igual que el juez del derecho común anglosajón se encuentra comprometido em um processo vital, complejo y difícil. Debe aplicar las disposiciones que rara vez, em todo caso, son claras em el contexto del caso práctico aun cuando pudieran parecer sumamente claras em su contenido abstracto. Debe llenar las lagunas y resolver los conflictos, dentro de un esquema legislativo. Debe adaptar la ley a las condiciones del momento. El código no tiene aplicación evidente, sobre todo para um juez responsable¹⁹⁷.

Entretanto, segundo doutrina Streck, “os juízes costumam jactar-se de que, primeiro decidem (chegam a conclusão), e só depois justificam/fundamentam o que ‘antes foi decidido’”¹⁹⁸. E, como o próprio jurista refere, encontram um atalho no processo de conhecimento, tornando a verdade um produto de uma adequada manipulação desse procedimento cognitivo mascarado pelas diversas metodologia hermenêuticas, que mediante uso de diversos cânones e fórmulas, procuram dar a ilusão da certeza do processo interpretativo.

E a tomada de atalhos no processo interpretativo muitas vezes pode resultar numa postura mais ativista do magistrado, no sentido de decisionismo jurídico. Para Carl Schmitt o decisionismo jurídico se define pelo reconhecimento da pressuposição da existência de uma decisão soberana fundadora de uma ordem jurídica: “para o jurista de tipo decisionista, a fonte de todo o ‘direito’, isto é de todas as normas e os ordenamentos sucessivos, não é o comando enquanto comando, mas a autoridade ou soberania de uma decisão final, que vem tomada junto com o comando”¹⁹⁹.

¹⁹⁷ MERRYMAN, John Henry. *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*. México: Fondo de Cultura Económica, 1979, p. 80.

¹⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica (jurídica): Compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do Ontological Turn*. In Anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. São Leopoldo: Unisinos, 2003, p. 223/224.

¹⁹⁹ SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. 1. ed. Buenos Aires: Struhart e Cia, 2005, p. 23. Em Carl Schmitt, percebemos a ideia de que a teologia política corresponde à formação de uma filosofia da história cujo sentido é definido pelo Soberano. Há, nesse particular, uma autêntica cristalização das categorias espirituais na análise sobre a fenomenologia do poder, de forma que a posição do Soberano é a representação de uma divinização secular do representante do poder político.

Como bem alerta Darci Guimarães Ribeiro o decisionismo é um dos elementos que acaba por instituir um sentimento de segregação do cidadão no processo da construção da cidadania:

[...] a inclusão do cidadão, em tese, deveria ter aumentado durante o período subsequente ao Estado Social, porém a realidade demonstra exatamente o sentido contrário, mesmo como aumento dos direitos políticos, com o crescimento do povo ativo, ainda assim, poucos são os indivíduos que, ao observar as ações do Estado, se sentem ali representados. Decisionismos, processos legislativos incoerentes e obscuros, aumento exacerbado do uso de Medidas Provisórias, enfim, nos encontramos diante da falência institucional dos poderes executivo e legislativo, justamente os que mais deveriam estar próximos ao cidadão, tendo em vista o seu imenso respaldo eleitoral, mas, em realidade, eles se encontram os mais distantes.²⁰⁰

Neste ponto cumpre referir que não há que se confundir discricionariedade com parcialidade. O Juiz tem suas preferências e inclinações ideológicas, sendo, portanto, parcial. Ele decide a partir de suas percepções de contato com as provas trazidas ao processo. Todavia, atendendo ao princípio da imparcialidade “não deve deixar suas convicções, suas predileções sobrepujarem os elementos constantes dos autos. Isto é ser *humanamente* imparcial”²⁰¹.

O conceito de discricionariedade é um dos mais plurissignificativos dentro da teoria do Direito, como anota English, justamente por que pressupõe escolha, valoração²⁰². Para Karl Larenz a discricionariedade deve ser analisada nos seguintes termos: “se o sentido da norma aplicável não é unívoco, quem tem de aplica-la encontra-se perante várias significações possíveis. A interpretação não lhe pode dizer qual é a ‘certa’ todas são igualmente certas”²⁰³. Para Streck a discricionariedade é sinônimo de decisionismo arbitrariedade, cuja base positivista

²⁰⁰ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 102. De se esclarecer que a ideia de decisionismo aqui colacionada é direcionada pelo autor aos Poderes Executivo e Legislativo. Entretanto, a transposição para o Poder Judiciário também pode ser assim vislumbrada.

²⁰¹ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Provas atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998, p. 20/21.

²⁰² ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. J. Batista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 212.

²⁰³ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 105.

autoriza múltiplas respostas, diversamente do que ocorre no processo da compreensão, onde sempre se encontrará, segundo o autor, a resposta correta, “que não é nem a única, nem uma entre várias possíveis, mas simplesmente aquela que exsurge como síntese hermenêutica, ponto de estofa em que se manifesta a coisa mesma [...] uma vez que somente em abstrato é possível encontrar respostas variadas. O caso (que é, e somente pode ser concreto) demandará somente uma resposta (que é a resposta)”²⁰⁴.

Em Ronald Dworkin tem-se que o significado exato de poder discricionário é afetado pelas características do contexto e que podem ser apurados três sentidos para o termo: um sentido fraco (que corresponde aos padrões que uma autoridade pública deve observar ao agir, fazendo uso de sua capacidade de julgar), um sentido forte (que decorre da hierarquia do servidor e significa o poder de escolha daquela autoridade detentora de poder discricionário entre duas ou mais alternativas, assemelhando-se a discricionariedade administrativa) e um sentido mais forte (implica a incontrolabilidade da decisão segundo um padrão antecipadamente estabelecido, como por exemplo, interceptação telefônica, o interceptador não pode ser considerado desobediente porque está legitimado pela ideia de discricionariedade judicial). Para o autor, “o conceito de poder discricionário só está perfeitamente à vontade em apenas um tipo contexto: quando alguém é em geral encarregado de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma determinada autoridade”²⁰⁵.

Já para Luis Roberto Barroso a ideia de discricionariedade pode ser assim entendida:

Em rigor, uma decisão judicial jamais será política no sentido de livre escolha, de discricionariedade plena. Mesmo nas situações que, em tese, comportam mais de uma solução plausível, o juiz deverá buscar a que seja mais correta, mais justa, à luz dos elementos do caso concreto. O dever de motivação, mediante o emprego de

²⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 4. ed. rev. ampl., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 213/242.

²⁰⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes. 2011, p. 50/51.

argumentação racional e persuasiva, é um traço distintivo relevante da função jurisdicional e dá a ela uma específica legitimação”²⁰⁶

Entretanto, o que põem em risco o Estado Democrático de Direito é a arbitrariedade²⁰⁷, cuja base positivista autoriza múltiplas respostas. Dito de outra forma: o ativismo judicial²⁰⁸ representa um risco à democracia na medida em que, enquanto a judicialização decorre naturalmente de um arranjo institucional estipulado pela própria Constituição com base no *judicial review*, o ativismo judicial decorre de uma opção política do magistrado, em que este, ao invés de submeter-se

²⁰⁶ BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. In: [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol. 5, nº 1, 2012, p.23-32; p. 29. Acrescenta o autor ainda que: “Quando não estejam em jogo os direitos fundamentais ou a preservação dos procedimentos democráticos, juízes e tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, assim como ser deferentes com o exercício razoável de discricionariedade pelo administrador, abstendo-se de sobrepor a eles sua própria valoração política. Ademais, a jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social e os canais de expressão da sociedade. Nunca é demais lembrar que o poder emana do povo, não dos juízes”. *Jurisdição constitucional: a tênue fronteira entre o direito e a política*. p. 49 Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>>. Acesso em 20 fev. 2016.

²⁰⁷ No dicionário de filosofia arbitrário é definido como “Que só depende da escolha, do arbítrio ou da decisão livre dos homens”. JAPIASSÚ, Hilton. *Dicionário básico de filosofia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 17

²⁰⁸ Segundo Anderson Vichinkeski Teixeira, “No Brasil, a temática relativa ao ativismo judicial só ganhou expressão com a entrada em vigor da Constituição de 1988, pois esta atribuiu uma série de prerrogativas ao magistrado, impulsionando-o, inevitavelmente, a uma atuação mais presente na sociedade e, em consequência, com maior repercussão midiática; veja-se, por exemplo, todos os milhares de casos em que se faz necessário assegurar direitos fundamentais que não encontram previsão legal em condições de lhes dar regulamentação. Uma característica própria do nosso período constitucional pós-1988 é a ampla possibilidade de utilização do controle abstrato de constitucionalidade. Desde o surgimento em solo brasileiro dessa modalidade de controle de legitimidade constitucional das leis ou atos normativos com força de lei, por meio da Emenda Constitucional n. 16, de 1965, 13 à Constituição de 1946, deu-se um substantivo acréscimo no rol de legitimados ativos que hoje se encontram previstos no art. 103 do texto constitucional. Tal ampliação aumenta também a responsabilidade do Supremo Tribunal Federal em relação à legitimidade de políticas públicas e medidas sociais que encontram na legislação o seu meio natural de implementação. Um debate (sobre a constitucionalidade das leis), que antes de 1965 ficava primordialmente concentrado no meio político, hoje concentra-se cada vez mais nas instâncias judiciais ordinárias, que estão em condições de exercer o controle difuso, mas também concentra-se, derradeiramente, naquilo que é decidido no juízo abstrato do Supremo Tribunal Federal. Se, por um lado, a crescente judicialização das relações sociais é resultado do aumento de questões políticas que passaram a ser discutidas também em juízo, vemos, por outro lado, a pressão dos diversos processos de globalização culminar na complexização das relações sociais e na necessidade de se recorrer ao Judiciário para a resolução de conflitos que outrora eram resolvidos nas demais esferas da sociedade. Diante disso, o ativismo judicial nasce em um cenário de alto complexização social e consequente fragmentação das tradicionais estruturas “a-jurídicas” (como morais e religiosas, por exemplo) de resolução das controvérsias, de modo que podemos distinguir dois pressupostos fenomenológicos fundamentais ao ativismo judicial: reificação e judicialização; esta em uma perspectiva político-institucional, aquela em uma perspectiva sociológica”. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política* In Revista direito GV vol. 8 nº 1 São Paulo Jan./June 2012.

ao direito vigente, entende-se como capaz de criar livremente o direito que lhe cabe aplicar, retirando da atuação do Poder Judiciário da margem de controlabilidade desejada pelo ideal constitucionalista na realização de qualquer função estatal²⁰⁹.

Nocivo ou não, o ativismo judicial representa a insuficiência do Estado em atender aos anseios da sua população, ou mesmo de buscar a realização dos objetivos que lhe foram postos. Trata-se de uma patologia constitucional: “Uma conduta que deveria ser a exceção à regra converte-se em forma ordinária de composição dos mais diversos conflitos sociais, transformando o Judiciário em ‘esfera pública’ de decisão tanto das questões mais fundamentais para o Estado e para a sociedade quanto de situações banais do cotidiano”²¹⁰. E, não pode ser concebido que decisões judiciais, baseadas no enfrentamento estritamente político ou pessoal, afastem a função jurisdicional dos parâmetros político-jurídicos fixados pela própria Carta vigente, como ocorre com a aplicação equivocada dos princípios, sem a devida responsabilidade democrática.

Como forma de recorte do estudo, o trabalho aborda um dos elementos que caracteriza a racionalidade jurídica do ativismo judicial: decisões fundamentadas substancialmente em princípios, que acabam por afastar ou mesmo negar a aplicabilidade de regras específicas. Isso porque a utilização equivocada dos princípios na argumentação jurídica fragiliza o Direito, na medida em que não o reproduzirá de forma democrática e coerente. Ao contrário, sua autonomia²¹¹ restará

²⁰⁹ Nesse contexto é de ser relevada a responsabilidade democrática dos juízes, no que diz respeito “à garantia da concretização dos direitos da cidadania” devendo ser a atuação judicial compatível com as bases do constitucionalismo democrático. CITTADINO, Gisele. *Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes*. VIANNA, Luiz Werneck (Org.). A democracia e os três poderes no Brasil. Belo Horizonte: Editora: UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 19.

²¹⁰ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política*. In Revista direito GV vol. 8 nº 1 São Paulo Jan./June 2012.

²¹¹ A ideia de autonomia que o texto trabalha pode ser traduzida na lição de Streck, para quem o Direito “deve ser entendido como a sua dimensão autônoma face às outras dimensões com ele intercambiáveis, como, por exemplo, a política, a economia e a moral [...] Trata-se de uma autonomia entendida como ordem de validade, representada pela força normativa de um direito produzido democraticamente e que institucionaliza (ess)as outras dimensões com ele intercambiáveis. Em outras palavras, sustentado no paradigma do Estado Democrático Constitucional (compromissório e dirigente), o Direito, para não ser solapado pela economia, pela política e pela moral (para ficar nessas três dimensões), adquire uma autonomia que, antes de tudo, funciona como uma blindagem contra as próprias dimensões que o engendra(ra)m. Conseqüentemente, a sua autonomia torna-se a sua própria condição de possibilidade”. STRECK,

prejudicada conquanto as decisões judiciais pautadas em argumentos arbitrários, não democráticos e não coerentes, valendo-se de princípios como pano de fundo para retóricas na fundamentação das decisões, cuja substância poderia livremente ser preenchida pelo julgador valendo-se de suas concepções políticas e morais, deixam de lado a condição própria que o direito sempre buscou oferecer: segurança jurídica, cujas regras são montadas com base num sistema jurídico, numa tradição, num conjunto de princípios.

Assim, tendo em vista o problema que o presente trabalho se propõe a analisar, de observar que os atalhos no processo interpretativo resultam numa postura mais ativista do magistrado, no sentido de um ativismo arbitrário, que esbarre no problema da criatividade da função jurisdicional, aqui entendida como produção arbitrária do direito por obra dos juízes, que ponha em risco o Estado Democrático de Direito.

Para alcançar este desiderato, oportuno destacar, mesmo que brevemente, a diferença entre *Lex* e *Ius*. Segundo Levaggi²¹², *Ius* é uma palavra que provém do índio-irânio *yaus*, que significa "o ótimo" ou "o máximo", com relação a uma coisa ou pessoa. Já a *Lex* tem origem distinta, posto que seja norma imposta pelo povo reunido em comícios ou por um magistrado. Segundo o autor, a diferença entre *Ius* e *Lex* subsistiu durante a fase do Império em Roma. Entretanto Levaggi conclui que a palavra "direito" não procede do Direito romano. Foi ela introduzida no vocabulário jurídico pelo Direito canônico, que a tomou da cultura judaico-cristã, que nas pregações do Evangelho dirigiam a conduta pelo reto caminho (*directum*). Por extensão, se aplicou esse vocábulo à norma jurídica. Antes de ser aceito pela língua erudita, se usou da fala popular para nomear o Direito consuetudinário. Desse modo foi como *Ius* e direito se converteram em sinônimos. A medida que iam se formando as línguas latinas, conservaram-se o vocábulo direito para designar o ordenamento jurídico.

Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), janeiro-junho 2009. Unisinos: 2009, p. 65/77.

²¹² LEVAGGI, Abelardo. *Manual de Historia del Derecho Argentino*. Parte General. Tomo I. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1998, p. 257.

Já em Hobbes tem-se o alerta para a confusão entre *Ius* e *Lex*:

Em vista da confusão entre jus e Lex, direito e lei, feita pelos que têm tratado desse assunto, é preciso fazer distinção entre esses enunciados. Assim, o direito é a liberdade de agir ou de omitir, enquanto a lei obriga a agir ou omitir. Portanto, entre a lei e o direito há a mesma diferença que existe entre a obrigação e a liberdade, que são incompatíveis quando dizem respeito à mesma matéria²¹³.

Historicamente lei e direito sempre estiveram separados até a Revolução Francesa, que os colocou como sinônimos. Segundo Eros Grau, no direito moderno se opera a separação absoluta entre posto e pressuposto, entre *Lex* e *Ius*. Para o autor Direito, ou a *Lex*, é a dominação social e capitalista, enquanto a justiça, ou a *Ius*, não existe, sendo que o legal e o justo se sobrepõem:

Isto é necessário afirmar bem alto: os juízes aplicam o direito, os juízes não fazem justiça! Vamos à Faculdade de Direito aprender Direito, não justiça. Justiça é com a religião, a filosofia, a história. [...] É certo que o temos, o direito moderno, permanentemente em crise. [...] A sociedade, insatisfeita com a legalidade e o procedimento legal, passa a nutrir anseios de justiça, ignora que ela não existe em si e que é incabível, como observara Epicuro, discutirmos a “justiça” ou ‘injustiça’ da norma produzida ou da decisão tomada pelo juiz, visto que nem uma, nem outra [justiça ou injustiça], existem em si; os sentidos, de uma e outra, são assumidos exclusivamente quando se as relacione à segurança social, tal como concebida, em determinado momento histórico vivido por determinada sociedade. Por isso mesmo é que, em rigor, a teoria do direito não é uma teoria da justiça, porém, na dicção de Habermas, uma teoria da prestação jurisdicional e do discurso jurídico. É possível e desejável, sim, que o direito, em sua positividade, seja interpelado criticamente, a partir de conteúdos éticos e morais nascidos da luta social e política. Esta luta se dá, aliás, desde o advento da modernidade, com o propósito de realizar, para o maior número de pessoas, as promessas de liberdade, da igualdade e fraternidade. Outra coisa é a pretensão de substituir-se o direito pela moralidade, o que, na prática, significa derrogar as instituições do Estado de Direito em proveito da vontade e do capricho dos poderosos ou daqueles que os servem. Quem o faz não se dá conta de que procura *Ius* onde não há senão *Lex* e, em

²¹³ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 98

geral, faz prova de ignorância a respeito da distinção entre o deontológico e o teleológico.²¹⁴

Diante disto, e em suma, o presente trabalho busca analisar os limites para combater a postura arbitrária do magistrado quando, através do processo, pela utilização de “princípios”, sem a devida fundamentação, se afasta da lei (*Lex*) e cria o que ele entende por direito (*Ius*).

Por derradeiro, de se ressaltar que não se está afirmando que toda criação do direito pelo magistrado é arbitrária, pois do contrário não poderia se afirmar a democraticidade do sistema da *common law*²¹⁵. Nesse contexto, a análise dos argumentos de princípio como pano de fundo para o aludido protagonismo judicial é o objeto de estudo do próximo capítulo, com a finalidade de verificar quais as razões que fomentam a utilização dos princípios nas decisões judiciais como capas de sentido.

²¹⁴ GRAU, Eros Roberto. *Princípios, a [in]segurança jurídica e o magistrado*. In Revista AMAGIS JURÍDICA. Ano IV, n. 7, jan/jun 2012.

²¹⁵ Entretanto, como alerta Gomes, “Conhecer o direito, na atualidade, não é tarefa fácil. No século XIX, quando a Revolução Francesa consolidou um novo e extraordinário modelo de direito, fundado na lei, bastava ler e entender as leis e os códigos (napoleônicos). No tempo do legalismo (todo direito estava fundado na lei) era mais tranquilo aprender o direito e aplicar o direito. Em 1945, nos julgamentos de Nuremberg, diante do argumento dos nazistas de que mataram com base na lei, decidiu-se que o direito nem sempre se confunde com a lei. Lei injusta não faz parte do direito (Radbruch). A partir daí, para se conhecer o direito, necessitava-se saber a lei e os códigos, a constituição e a jurisprudência. Agora, com o advento do internacionalismo (a terceira onda do direito que foi consolidada no Brasil em 3 de dezembro de 2008, com a famosa decisão do STF – RE 466.343-SP), não sabe mais o direito quem não domina a lei e os códigos, a constituição, a jurisprudência interna, os tratados internacionais e a jurisprudência internacional. No século XXI, como se vê, o direito ficou mais complicado porque ele é construído diariamente pelos legisladores e pelos juizes. O direito vai do constituinte ao juiz (Villey)”. GOMES, Luiz Flávio. *Mudanças contínuas: a única coisa permanente no direito*. In: Última instância. Disponível em: <<http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/colunas/2581/mudancas+continuas+a+unica+coisa+permanente+no+direito.shtml>>. Acesso em 21 fev 16.

3 O PROTAGONISMO JUDICIAL: a decisão como fonte criativa de direito

Como referido no capítulo anterior, o Estado Democrático de Direito, frente à necessidade de incorporação dos direitos fundamentais, impôs a necessidade de repensar o sistema de tutela destes direitos, exigindo uma ampla atuação do Poder Judiciário a fim de cumprir as promessas albergadas na Constituição. Nesta perspectiva, visualizar o processo e a atuação do juiz a partir da função desempenhada pelo Estado, é maneira mais profícua para se promover um debate acerca da legitimidade do Estado e das instituições sociais que detêm e exercem o poder decisório.

Na medida em que novo paradigma contemporâneo constitucional²¹⁶ proporcionou uma profunda alteração na atuação dos juízes e tribunais, vem ganhando cada vez mais espaço a jurisdição. Entretanto, este fenômeno de superação vem sendo recepcionado na cultura jurídica brasileira como a afirmação de um necessário protagonismo judicial. Assim, a questão central que se apresenta, então, é de saber quais as bases que legitimam democraticamente o Judiciário, perquirindo-se a acerca do papel funcional do Poder Judiciário, bem como estudar a

²¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

postura ativista do magistrado, no sentido de um ativismo arbitrário, que esbarre no problema da criatividade da função jurisdicional, aqui entendida como produção do direito por obra dos juízes, que ponha em risco o Estado Democrático de Direito.

Como forma de solver o problema proposto, no capítulo anterior verificamos as modificações do perfil da magistratura, cuja raiz histórica foi brevemente abordada no contraponto entre os Juízes Oráculos da Lei e os juízes Boca da Lei, respaldado assim, que os perfis de magistratura históricos eram marcados pelo contraponto de uma postura mais ativista e noutro extremo uma postura extremamente conservadora. Também foram analisados os perfis de magistratura propostos pela doutrina jurídica contemporânea, iniciando pelo juiz filosófico Hércules proposto por Ronald Dworkin²¹⁷, que deu o ponta pé inicial para que outros modelos de magistrados ideais surgissem: o magistrado lolau de Marcelo Neves²¹⁸, os três perfis de juízes de François Ost²¹⁹; e os recentes perfis de juízes de Cass R. Sunstein²²⁰, que sem se valer da mitologia grega para ilustrar sua tese, cunha quatro perfis de juízes: o herói, o soldado, o minimalista e o mudo, perfis tidos como tipos ideais, logo, não estanques.

Partindo da análise dos perfis de magistratura observou-se que estes estão fortemente influenciados pelo momento político-social de atuação do magistrado, razão pela qual, ainda no primeiro capítulo abordou-se a evolução do processo de tomada das decisões judiciais ao longo da evolução do Estado. Com isso verificou-se que a jurisdição teve, em seus primórdios, a função meramente declarativa, adequada ao momento histórico vivido pelo Juiz Boca da Lei de Montesquieu, onde lhe era impossibilitado interpretar a lei, a qual era concebida como um sistema completo.

²¹⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes. 2011, p. 165.

²¹⁸ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

²¹⁹ OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*. In: *Academia: Revista sobre enseñanza del Derecho*. Año 4, número 8, 2006, p. 101.

²²⁰ SUNSTEIN, Cass R. *Constitutional Personae*. Disponível em: <<http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:16217272>>. Acesso em 02 mar 2015.

Já no Estado Liberal, a produção do direito era pautada para a resolução dos conflitos em âmbito individual, bem como pela intervenção mínima do Poder Judiciário, que se circunscrevia à aplicação das normas, não havendo possibilidade de interferir nas funções políticas do legislativo. Destarte, o juiz nada mais deveria fazer, a não ser aplicar a lei.

Com a crise do Estado liberal, o Estado passa a ser governo para o bem-estar social, caracterizado por forte intervencionismo e exacerbação do Poder Executivo, transformando o Judiciário em uma alternativa para o exercício do jogo político. A neutralidade do juiz é afetada, ao ver-se ele posto diante de uma corresponsabilidade nas políticas legislativa. Há um incremento dos poderes do juiz, atingindo o condão de alcançar o sucesso político das finalidades impostas pelas exigências do Estado Social. Ou seja, de mero expectador do processo o juiz passa a ser protagonista.

Em momento subsequente, no período sócio-político vivenciado pela globalização econômica, deu-se azo à emergência de um novo direito. Assim, o Estado pós-social também transforma o papel dos juízes. Todavia, o aumento de poder da Justiça não deve ser entendido como uma transferência da soberania do povo para o juiz, mas como uma transformação do paradigma filosófico. As crises do Judiciário acarretaram a flexibilização do Direito provocada pela interpretação reflexiva, que ocasiona a instabilidade interna do sistema normativo e a insegurança externa dos destinatários da regra jurídica²²¹. E esta flexibilização do Direito vem culminando em decisionismos, processos legislativos incoerentes e obscuros²²².

Entretanto, para que se possa falar de Direito, em termos democráticos, exige-se que seja impossível a qualquer agente público com poder de decisão, desconfirmar o direito enunciado²²³, na medida em que o que põem em risco o

²²¹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Judiciário e a democracia no Brasil*. Revista USP. São Paulo, n. 21, p. 116-125: Coordenadoria de Comunicação Social (CCS) / USP, 1994, p. 124.

²²² RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 102.

²²³ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 80.

Estado Democrático de Direito é a arbitrariedade²²⁴, cuja base positivista autoriza múltiplas respostas.

Considerando-se que o eixo central da pesquisa é debater sobre o problema do ativismo judicial brasileiro, na tentativa de empreender um estudo que possibilite a análise de prováveis respostas ao problema do protagonismo judicial e da urgência de uma teoria judicial que esteja adequada a fornecer respostas corretas no vigente Estado Democrático de Direito, como forma de delimitação do estudo, o trabalho aborda um dos elementos que propulsores do ativismo judicial: decisões fundamentadas substancialmente em princípios, que acabam por afastar ou mesmo negar a aplicabilidade de regras específicas.

Assim, o objeto de estudo deste capítulo é a utilização dos princípios nas decisões judiciais como capas de sentido. Para solver o tema proposto a análise, no primeiro momento analisa-se a problemática da indefinição do conceito de princípio na doutrina, fato que acarreta a multiplicidade de usos dos princípios e a possibilidade de abertura hermenêutica que isto proporciona a decisão judicial. Com a finalidade de realizar um recorte do tema, optou-se pelo estudo da doutrina do campo processual civil²²⁵, objetivando-se o estudo principalmente dos doutrinadores citados nas decisões emanadas nos tribunais pátrios²²⁶, bem como as principais

²²⁴ No dicionário de filosofia arbitrário é definido como “Que só depende da escolha, do arbítrio ou da decisão livre dos homens”. JAPIASSÚ, Hilton. *Dicionário básico de filosofia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 17

²²⁵ Neste desiderato cumpre desde já esclarecer que a doutrina a ser citada no item 2.1, tem o propósito de demonstrar a indefinição do conceito de princípio, apontada nesta tese como pano de fundo para a propagação de decisionismos arbitrários, de sorte que, regularmente não seria a doutrina a ser utilizada em uma tese, onde busca-se privilegiar doutrina mais especializada no assunto e não manuais acadêmicos. O único propósito de utilizarmos da referida doutrina é para demonstrar que os manuais de direito, que são utilizados no ensino da graduação em direito, acabam por contribuir para o cenário instaurado, perpetuando a indefinição do conceito de princípio, na medida em que cada doutrinador define o que seja um princípio e, ainda cria uma gama de princípios adjetivadores. Assim, para a fidedignidade da pesquisa, serão citados doutrinadores do ramo processual civil utilizados nos bancos acadêmicos, os quais foram retirados das ementas das disciplinas de processo civil de algumas universidades e faculdades de direito do país.

²²⁶ À guisa de exemplos: ARE 915424 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 20/10/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-241 DIVULG 27-11-2015 PUBLIC 30-11-2015, que cita a definição de princípios de Alexy: “[...] Por fim, na última etapa do itinerário metodológico, o teste da proporcionalidade em sentido estrito impõe a comparação dos custos e dos benefícios da medida restritiva. Consoante a abalizada lição de Robert Alexy: ‘quanto mais alto é o grau de não-cumprimento ou restrição de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro [...]’”. Disponível em:

doutrinas utilizadas nos bancos acadêmicos brasileiros²²⁷, cuja base foi extraída das ementas curriculares da disciplina de direito processual civil I²²⁸ (disciplina que tem

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE+915424+AgR%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/gweov79>>. Acesso em 28 dez 15; RE 586224, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 05/03/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-085 DIVULG 07-05-2015 PUBLIC 08-05-2015, cuja bibliografia do voto tem as seguintes obras relacionadas ao objeto de estudo do presente trabalho: ALEXY, Robert. La fórmula del peso. In: CARBONELL, Miguel (Coord.) El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010. p. 25-26 e 40 e ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 178-182; Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE+915424+AgR%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/gweov79>>. Acesso em: 28 dez 15 e RE 730462, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 28/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-177 DIVULG 08-09-2015 PUBLIC 09-09-2015, cuja bibliografia consta: “[...] GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. 11. ed. Saraiva, 1996. v. 2. p. 267, item 57.2; [...] MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil. 2. ed. Revista dos Tribunais, 2010. p. 716-717, item 9. MARQUES, José Frederico. Manual de Direito Processual Civil. 2. ed. 2. tiragem. Millennium Editora, 2000. v. 3. p. 329, item 687 e p. 332, item 689 e p. 344, item 698. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações Sobre a Chamada ‘Relativização’ da Coisa Julgada Material. Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, n. 62, p. 43-69. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 10. ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 709. _____. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 11. ed. Revista dos Tribunais, 2010. p. 715-717, itens 28 e 30, e p. 1.132, item 14 [...] SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. 21. ed. Saraiva, 2003. v. 3. p. 56, item 754. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 51. ed. Forense, 2010. v. 1. p. 539-540, item 509 e p. 550-553, item 516-516a. _____. A Reforma do Processo de Execução e o Problema da Coisa Julgada Inconstitucional (Código de Processo Civil, artigo 741, Parágrafo Único). Revista dos Tribunais, ano 94, v. 841, p. 56-76” Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE+730462%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/mmu4l4j>>. Acesso em: 28 dez 15. Apelação Cível Número: 70006942197, da Décima Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Comarca de Origem: Porto Alegre, Relator: Marco Aurélio de Oliveira Canosa, cujo acórdão expressa: “[...] são particularizações daquele princípio básico de lealdade (ou “princípio de probidade”, na preferência de Moacyr Amaral Linhas de Direito Processual Civil, 1. ed. V. II, pp. 77/78, anterior ao atual CPC, que se refere a “proceder com lealdade”, art. 14, II)- , conforme restou assentado no v. acórdão da colenda 6. Câmara do 1(Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, quando do julgamento dos EI 376.861 (in CPC NOS TRIBUNAIS, Darcy Arruda Miranda Junior e Outros, dezembro de 1992, artigos 1 a 103, fls. 194/195) [...]”; Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 28 dez 15.

²²⁷ Para tanto, buscou-se a bibliografia constante na ementa de cursos de direito de universidades públicas e privadas, como por exemplo, bibliografia Básica indicada na ementa da Disciplina Disciplina: DPP3003 - Direito Processual Civil I - Teoria Geral da Universidade de São Paulo (USP): “[...] DIDIER Jr., Fredie, Pressupostos Processuais e Condições da Ação: o juízo de admissibilidade do processo, São Paulo: Saraiva, 2005; [...] GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos Araujo; DINAMARCO, Cândido Rangel, Teoria Geral do Processo, 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2007; SANTOS, Moacyr Amaral, Primeiras linhas de direito processual civil, v. 1, 24 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005; _____, Primeiras linhas de direito processual civil, v. 2, 23 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004; THEODORO JÚNIOR, Humberto, Curso de Direito Processual Civil, v. 1, 43. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010.”. Disponível em: <<https://uspdigital.usp.br/jupiterweb/obterDisciplina?sgldis=DPP3003&verdis=1>>. Acesso em: 05 jan 16. Igualmente na bibliografia da disciplina DIREITO PROCESSUAL CIVIL A – DC429 d, da Universidade Federal do Paraná (UFPR): “DINAMARCO, Cândido R. et alli. Teoria geral do processo. São Paulo Malheiros. MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de processo civil – teoria geral do processo. São Paulo: RT; MARQUES, José Frederico. Manual de direito processual

por fundamento inserir os conceitos básicos da noção de processo civil, incluso o conceito de princípio²²⁹).

civil. v. 1, São Paulo, Saraiva. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Teoria geral do processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris; SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. v. São Paulo: Saraiva. SILVA, Ovídio B. da. Curso de processo civil. v. 1, Porto Alegre: Fabris. SILVA, Ovídio B. da. GOMES, Fábio Luiz. Teoria geral do processo civil. São Paulo: RT; THEODORO JR., Humberto. Curso de direito processual civil. v. 1. Rio de Janeiro: Forense. *OBS: todas estas obras devem ser procuradas em edições posteriores a 1995, devendo incluir as reformas aplicadas ao Código de Processo Civil Brasileiro”. Disponível em: <<http://www.direito.ufpr.br/portal/ementas-das-disciplinas/>>. Acesso em: 28 dez 15. Bibliografia indicada na ementa da Disciplina Processo Civil I, da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC): “ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, v. 1; [...] DIDIER Jr., Fredie. Curso de direito processual civil. 17. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015, vol. 1; DONIZETTI, Elpídio. Curso Didático de Direito Processual Civil. 16. ed., revista, ampliada e atual. São Paulo: Atlas, 2012; GRECO FILHO, Vicente. Direito processual civil brasileiro. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1 [...]; MARINONI, Luis Guilherme. Teoria Geral do Processo. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011. Curso de Processo Civil, vol. 1; MARINONI, Luis Guilherme, Sérgio Cruz Arenhart. Processo de Conhecimento. 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014. Curso de Processo Civil, vol. 2; MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro. 28ª ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2010; [...] SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. 25. ed. São Paulo: Saraiva, vol. 1, 2007; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015 [...]”. Disponível em: <<http://ccj.ufsc.br/planos-de-ensino/>>. Acesso em 28 dez 15. Bibliografia indicada na Disciplina Direito Processual Civil I PRO0024 da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA): “VI – Bibliografia Básica: 1. CARNEIRO, Athos Gusmão. Jurisdição e Competência. São Paulo: Saraiva.2. DIDIER JÚNIOR. Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v. 1. Salvador: Jus Podivm. 3. _____. Pressupostos Processuais e Condições da Ação. São Paulo: Saraiva. VII – Bibliografia Complementar: [...] 6. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil: processo de conhecimento. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais. 7. _____. Novas Linhas do Processo Civil. São Paulo: Malheiros. 8. _____. Técnica Processual e Tutela dos Direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais. [...] 10. NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais. 11. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença. Rio de Janeiro: Forense. 12. _____. Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica. São Paulo: Revista dos Tribunais. 13. _____. Processo e Ideologia: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense. 14. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. v. 1. Rio de Janeiro: Forense. [...]”. Disponível em: <<http://www.fadisma.com.br/ensino/graduacao/direito/curriculo/>>. Acesso em 29 dez 15. Bibliografia indicada na Disciplina Direito Processual Civil I da Faculdade Baiana de Direito: “8. BIBLIOGRAFIA BÁSICA: CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. São Paulo: Atlas, v.1. DIDIER Jr., Fredie. Curso de direito processual civil. Salvador: JusPODIVM, v.1. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Proc Civil - Tutela dos dir mediante procedimento comum. São Paulo: RT, v.2. Disponível em: <<http://www.faculdadebaianadedireito.com.br/images/a/Plano%20Direito%20Processual%20Civil%201%202015.2.pdf>>. Acesso em: 29 dez 15.

²²⁸ Por exemplo, tem-se no objeto da disciplina de Processo Civil I da Universidade Federal de Santa Catarina o estudo dos princípios: “Conceito e princípios do Direito Processual Civil. Partes e procuradores. Órgãos judiciários e auxiliares da Justiça. Competência. Atos processuais. Formação, suspensão e extinção do processo. Processo de conhecimento. Procedimento sumário. Procedimento ordinário: petição inicial e resposta do réu”. Disponível em: <<http://ccj.ufsc.br/planos-de-ensino/>>. Acesso em: 28 dez 15.

²²⁹ Como, por exemplo, a ementa da Disciplina DIREITO PROCESSUAL CIVIL A – DC429 d, da Universidade Federal do Paraná, onde consta: “1.3. Princípios constitucionais do processo: a)

Ainda no item 3.1, na indefinição do conceito de princípio como pano de fundo para a propagação de decisionismos arbitrários, empreende-se estudo acerca da indefinição estrutural entre regras e princípios, eis que parte considerável da doutrina processual além de não conseguir delimitar o conceito de princípio, também não consegue distingui-los das regras. Considerando-se que a distinção entre regra e princípio no cenário doutrinário tem sua justificativa na recepção da teoria da ponderação de Robert Alexy se faz necessário a análise de sua doutrina no tocante ao assunto, realizando-se um estudo comparativo com a teoria desenvolvida por Ronald Dworkin, na medida em que o embate destas teorias problematiza os pressupostos que operam ocultamente no conceito de princípio, e também, porque o conceito de princípio ocupar lugar privilegiado nestas teorias e o tratamento abordado nelas mostra-se diametralmente oposto.

Em segundo momento, o estudo cuidará de analisar o fenômeno de consequência da indeterminação do conceito de princípio e de sua indistinção das regras: a profusão de princípios e o uso indiscriminado destes nas decisões judiciais. A abertura interpretativa, propiciada pela profusão de princípios, fere a autonomia do Direito na medida em que a descriteriosa utilização dos princípios, transformados em álibis ou até mesmo com uso em teses antitéticas, fortalece o protagonismo judicial. E a vontade do intérprete não serve para outra coisa senão propulsionar arbitrariedades e discricionariedades, afastando a garantia constitucional do dever de fundamentação das decisões. Passemos ao estudo.

ação: princípio dispositivo e inquisitório; a noção atual dos direitos fundamentais b) devido processo legal substantivo e processual c) juiz natural; d) igualdade: contraditório e ampla defesa; e) duplo grau de jurisdição; e coisa julgada. 1.4. Outros princípios do processo: a) imparcialidade do juiz; b) livre convicção do juiz; impulso oficial; d) economia processual, instrumentalidade das formas; e) publicidade; f) oralidade; g) lealdade processual.” Disponível em: <<http://www.direito.ufpr.br/portal/ementas-das-disciplinas/>>. Acesso em: 28 dez 15. Igualmente na ementa da Disciplina Direito Processual civil I (DIC 065) da Universidade Federal de Minas Gerais, onde consta: “1 Princípios gerais do Direito Processual Civil e o Direito Processual Constitucional: As garantias constitucionais do processo civil”. Disponível em: <<https://www2.ufmg.br/direito/direito/Home/O-Colegiado/Programas-de-Disciplinas/DIC/DIREITO-PROCESSUAL-CIVIL-I>>. Acesso em: 28 dez 15.

3.1 A indefinição do conceito de princípio como pano de fundo

A noção de princípio, assim, ainda que fora do âmbito jurídico, sempre se relaciona a algo que tem origem primária. O vocábulo princípio vem do latim *principium* e tem significação variada, podendo lhe ser conferida a ideia de começo, início, origem, ponto de partida, ou, ainda, a ideia de verdade primeira, que serve de fundamento, de base para algo. Portanto, etimologicamente, o termo princípio remonta a ideia de principal, de primeiro, demonstrando origem de algo, de uma ação ou de um conhecimento.

No dicionário a expressão tem o significado de causa originária, de preceito, ou de regra²³⁰. Trata-se, indubitavelmente, do começo ou origem de qualquer coisa. Já na acepção jurídica, princípio quer significar as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, revelando o conjunto de regras ou preceitos, os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio direito²³¹. No campo da filosofia²³² princípio tem a compreensão de lei universal do pensamento, cujos fundamentos constituem a própria racionalidade e permitem a estruturação do raciocínio lógico.

Ambos os significados estão estreitamente ligados na noção cunhada por Aristóteles, que foi o primeiro a enumerar seus significados²³³. Em Aristóteles os princípios são tidos como o elemento constitutivo das coisas ou dos conhecimentos, compreendidos como o ponto de partida do ser, do devir ou do conhecer.

²³⁰ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Aurélio: o dicionário da língua portuguesa*. Curitiba: Positivo, 2008, p. 397.

²³¹ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 447.

²³² O conceito de princípio na filosofia considera o pensar de Descartes que o entendia como nas causas primeiras: "é preciso começar pela busca dessas causas primeiras, isto é, dos princípios; e estes princípios devem ter duas condições; uma, que sejam tão claros e evidentes que o espírito humano não possa duvidar de sua validade; a outra, que seja deles que dependa o conhecimento das outras coisas, de sorte que possam ser conhecidos sem elas, mas não reciprocamente elas sem eles" (Princípios da filosofia, prefácio). JAPIASSÚ, Hilton. *Dicionário básico de filosofia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 156.

²³³ Dentre as enumerações de sentido do vocábulo, boa visualização pode ser observada no Dicionário de Filosofia, onde encontramos os seguintes sentidos: 1) o ponto de partida de um movimento; 2) o melhor ponto de partida; 3) o ponto de partida efetivo de uma produção; 4) causa externa de um processo ou de um movimento; 5) o que, com sua decisão, determina movimentos ou mudanças; 6) aquilo que parte um processo de conhecimento. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 5. ed. Trad. Alfredo Bossi. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 792.

Fundamental na concepção do vocábulo para o filósofo grego é a consideração de que todos os juízos parecem ser verdadeiros em todos ou na maioria dos casos. Razão disto, Aristóteles considera um princípio ou posição quando aceita “primeiro as opiniões sustentadas pela totalidade dos homens, pela maioria deles, ou pelos filósofos, isto é, por todos, pela maioria ou pelos mais eminentes; ou opiniões contrárias àquelas que parecem ser geralmente admitidas; e, finalmente, todas as opiniões que estão em harmonia com as artes”²³⁴.

Dentre todas as concepções de princípios acima verificadas, o que se infere é que todo e qualquer ramo do conhecimento revela, implícita e explicitamente, a existência de princípios. Todavia, embora latente o significado de gênese do vocábulo princípio, no atual cenário jurídico, em especial na doutrina processual, este conceito não é demonstrado de forma muito clara, sendo apresentadas apenas definições de caráter não conclusivo²³⁵. E isso fica evidente quando se dedica à verificação dos conceitos encontrados na doutrina pátria²³⁶. Embora todos os livros e manuais de Direito tragam consigo uma definição acerca do conceito princípio, diga-se de passagem, acompanhada de amplo rol de

²³⁴ Entendia o filósofo grego que “[...], todos os juízos que parecem ser verdadeiros em todos ou na maioria dos casos devem tomar-se como um princípio ou posição aceita, pois são emitidos por aqueles que não veem ao mesmo tempo nenhuma exceção. Devemos fazer também nossa escolha nos manuais escritos de argumentação e organizar listas sumárias de tais argumentos sobre cada espécie de assunto, classificando-os em capítulos separados, como: ‘Do Bem’ ou ‘Da Vida’ -e esse ‘Do Bem’ deve tratar de toda forma de bem, começando pela categoria da essência. E convém indicar também, à margem, as opiniões de diversos pensadores, como, por exemplo: ‘Empédocles disse que os elementos dos corpos são quatro’, pois qualquer um pode dar seu assentimento ao que disse alguma autoridade geralmente aceita”. ARISTÓTELES. *Tópicos. Dos argumentos sofisticos*. Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W.A. Pickard. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

²³⁵ Tanto assim é que o processualista Rui Portanova referiu, em obra dedicada exclusivamente ao estudo dos princípios do processo civil, que a doutrina utiliza o termo princípio com muitas significações, balizando como parâmetros as expressões: critério, política, sistema, requisito e regra. PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 13.

²³⁶ Necessário reprisar (ver nota de rodapé 225) que optou-se pelo recorte do estudo da doutrina do campo processual civil, objetivando-se o estudo dos doutrinadores mais utilizados no cenário doutrinário acadêmico brasileiro e, de igual forma, aqueles citados pelos Tribunais pátrios, os quais, segundo a lição de Virgílio Afonso da Silva, na ânsia por (re)produzir teorias alcançam o efeito contrário: “O importante é que se tenha sempre em mente que não é a reprodução do maior número possível de teorias que contribuirá para o aperfeiçoamento da produção jurídica pátria. Essa ânsia por reproduzir teorias pode, na verdade, ter o efeito contrário.” SILVA, Virgílio Afonso. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. In: Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1. 2003, p. 609.

princípios adjetivadores, ainda não há unanimidade quanto à definição do que realmente seja um princípio.

Na doutrina acadêmica contemporânea brasileira há uma espécie de presunção de conhecimento do que sejam princípios jurídicos, mas não há a correlata tradução do que seriam²³⁷. Por via de consequência, este fenômeno consolida-se na profusão de princípios, culminando crise de autonomia que assola o direito, que tem correspondência a um posicionamento dogmático concernente ao modo de interpretar o direito vinculado à filosofia da consciência e ao esquema sujeito-objeto.

Para ilustrarmos como o atual parâmetro doutrinário ainda finca suas raízes na dogmática positivo-normativista, passaremos a verificação da forma como os princípios são apresentados no cenário acadêmico doutrinário, de maneira a empreender um estudo acerca da necessidade de reconfiguração do paradigma interpretativo, visando à superação do positivismo, e, também, de certa forma, de (re)pensar os meios pelos quais se dá construção do saber jurídico no Brasil.

Preliminarmente de se referir que dentre os doutrinadores processualistas pátrios não há consenso quanto à definição conceitual de princípios, existindo apenas algumas semelhanças de entendimento por parte de alguns doutrinadores, como por exemplo, em Luis Guilherme Marinoni²³⁸, Maurício Antonio Ribeiro

²³⁷ Virgílio Afonso Silva refere ainda a impossibilidade sequer de classificação dos princípios na doutrina: “[...] são inúmeras as tentativas de classificação dos princípios constitucionais. Canotilho, por exemplo, fala de princípios jurídicos fundamentais, princípios políticos constitucionalmente conformadores, princípios constitucionais impositivos e princípios-garantia. José Afonso da Silva, por sua vez, fala em princípios constitucionais fundamentais e princípios constitucionais gerais. Jorge Miranda fala, ainda, em princípios axiológicos fundamentais, princípios político-constitucionais e princípios constitucionais instrumentais. Luís Roberto Barroso, por fim, fala em princípios fundamentais, princípios gerais e princípios setoriais”. SILVA, Virgílio Afonso. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. In: Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1. 2003, p. 612.

²³⁸ Marinoni, apoiando-se no estudo das obras de Dworkin e Alexy, define os princípios como “constitutivos da ordem jurídica, revelando os valores ou critérios que devem orientar a compreensão e a aplicação das regras diante das situações concretas”. Também a firma o jurista que “os princípios expressam concepções e valores que estão indissociavelmente ligados ao ambiente cultural”. Assim, para o doutrinador, os princípios seriam critérios para compreensão do texto legal, objetivando ações da lei tanto no sentido positivo quanto no sentido negativo. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil. Volume 1: teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 47.

Lopes²³⁹, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pelegrini Grinover e Candido Rangel Dinamarco²⁴⁰, Humberto Ávila²⁴¹ e Moacyr Amaral Santos²⁴². Em todos eles, os

²³⁹ Para o autor os princípios constituem o “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele; disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere à tônica e lhe dá sentido harmônico”. LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Garantia de acesso à justiça: assistência judiciária e seu perfil constitucional*. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 55.

²⁴⁰ Os processualistas Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pelegrini Grinover e Candido Rangel Dinamarco, tradicionais doutrinadores da teoria geral do processo, por sua vez, afirmam que os princípios são preceitos fundamentais que dão forma e caráter aos sistemas processuais referindo que A experiência jurídica, segundo conhecidíssimo pensamento jurisfilosófico, pode ser estudada por três aspectos: norma, valor e fato. Sob o ângulo da norma, constrói-se a epistemologia (ciência do direito positivo), à qual pertence à dogmática jurídica, que estuda o direito como ordem normativa. Os valores éticos do direito são objetos da deontologia jurídica. O fato é estudado pela curologia. Alguns princípios gerais do direito processual colocam-se entre a epistemologia e a deontologia, entre a norma e o valor ético, no limiar de ambos. Consoante se extrai para os doutrinadores acima referidos o conceito de princípio mescla-se entre a norma e o julgamento ético que se faz desta, só podendo ser entendido nesta dualidade. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pelegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 12. ed. rev. e ampl., 1996, p. 50.

²⁴¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed., 2005, p. 15. Em artigo publicado na revista Diálogo Jurídico autor refere a dificuldade de teorizar acerca de um conceito de princípio e de distingui-los das regras: “A definição de princípios jurídicos e sua distinção relativamente às regras depende do critério em função do qual a distinção é estabelecida. Ao contrário dos objetos materiais (coisas), cujo consenso em torno de sua denominação é mais fácil pela referência que fazem a objetos sensorialmente perceptíveis, as categorias jurídicas, entre as quais se inserem os princípios, são instrumentos analíticos abstratos (linguisticamente formulados). Por isso mesmo é mais difícil haver uma só definição de princípio, já que a sua distinção relativamente às regras depende muito intensamente do critério distintivo empregado (se quanto à formulação, ao conteúdo, à estrutura lógica, à posição no ordenamento jurídico, à função na interpretação e aplicação do Direito, etc.), do fundamento teórico utilizado (se positivista, jusnaturalista, normativista, realista, etc.) e da finalidade para a qual é feita (se descritiva, aplicativa, etc.)”. Com isso, define o conceito de princípio nos seguintes termos: “Diante do exposto, pode-se definir os princípios como normas que estabelecem diretamente fins, para cuja concretização estabelecem com menor exatidão qual o comportamento devido (menor grau de determinação da ordem e maior generalidade dos destinatários), e por isso dependem mais intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida”. E as regras jurídicas para o autor podem ser definidas como “normas que estabelecem indiretamente fins, para cuja concretização estabelecem com maior exatidão qual o comportamento devido (maior grau de determinação da ordem e maior especificação dos destinatários), e por isso dependem menos intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida.”. ÁVILA, Humberto. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. In Revista Diálogo Jurídico Ano I. vol. I. n.º. 4. Julho de 2001. Salvador: Bahia, 2001.

²⁴² Moacyr Amaral Santos, no segundo volume de sua obra Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, obra clássica da processualística, dedica um capítulo específico para tratar dos Princípios Gerais do Processo referindo que cada sistema processual se calca em princípios próprios, e que o exame destes princípios é que qualifica o próprio sistema. O processualista refere que os princípios são a base do sistema do qual definem, conferindo sua inteligência estrutural e interpretativa, permitindo ao legislador a criação de novos institutos, ao passo que ao intérprete conferem a inteligência e aplicação das normas legais que estes disciplinam. E, com isso, colaboram com o “incessante do aprimoramento do processo, visando sua adaptação às circunstâncias ocorrentes com as transformações dos fenômenos sociais, dia a dia mais

princípios são critérios avaliativos, classificadores e informativos do ramo do sistema processual a que se destinam, em breve síntese.

Também há doutrinadores divergem quanto ao conceito de princípio, sem contudo expor algum conceito do que seriam. É o caso de Fredie Didier Júnior²⁴³, por exemplo, que analisa os princípios sob a ótica dos Direitos Fundamentais, sem, todavia, conceituar o que seja princípio. Do mesmo modo para Teresa Negreiros²⁴⁴ e Nelson Rosenvald²⁴⁵, os quais os princípios sob a ótica de orientação hierarquia superior, aproximando-os da positividade do texto legal e do próprio conceito de Estado Democrático de Direito, sem, contudo, fornecer um conceito para o vocábulo.

Já a leitura dos princípios como meios de supressão de lacunas legislativas é feita por José Frederico Marques²⁴⁶, enquanto que para Humberto

apressadas e até inesperadas e bruscas”. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. 2º Vol. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 73.

²⁴³ Também perfilhando da doutrina de Dworkin, o processualista Fredie Didier Júnior distingue os princípios em: princípios relacionados aos Direitos Fundamentais e os demais princípios como “outros princípios”. No que se refere aos princípios entendidos como garantidores de verdadeiros direitos fundamentais processuais, o doutrinador extrai as seguintes consequências: a) o magistrado deve interpretar esses direitos como se interpretam os direitos fundamentais, ou seja, de modo a dar-lhes o máximo de eficácia; b) o magistrado poderá afastar, aplicando o princípio da proporcionalidade, qualquer regra que se coloque como obstáculo irrazoável/desproporcional à efetivação de todo direito fundamental; c) o magistrado deve levar em consideração, “na realização de um direito fundamental, eventuais restrições a este impostas pelo respeito a outros direitos fundamentais”. Já no que se refere aos outros princípios, o autor faz distinção no sentido de que são princípios que dizem respeito mais especificamente a alguns assuntos da dogmática processual, citando como exemplos na área da jurisdição, os princípios do juiz natural e da inafastabilidade, na área das provas, os princípios da busca da verdade e proibição de provas ilícitas, na área dos recursos, o princípio do duplo grau de jurisdição, e na área da decisão judicial, o princípio da motivação. JÚNIOR, Fredie Didier. *Curso de Direito Processual Civil: teoria do processo e processo de conhecimento*. Vol. 1. 11. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Jus Didivm. 2009, p. 28.

²⁴⁴ Teresa Negreiros ensina que os princípios seriam guias, formas de orientação, normas providas de alto grau de generalidade e indeterminação, numa posição elevada de hierarquia, atuando como vetor para todo o sistema jurídico, “valores essenciais à perpetuação do Estado de Direito”. NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 22.

²⁴⁵ Nos ensinamentos de Nelson Rosenvald tem-se que o princípio seria algo com força maior que a própria lei, aproximando-se do que o autor entende por ser o próprio direito, como por ele referido “os princípios não são apenas a lei, mas o próprio direito em toda a sua extensão e abrangência”. Refere o processualista que é da positividade dos textos constitucionais, que alcançam a esfera decisória dos arestos, que se constitui a jurisprudência de valores que determina o constitucionalismo contemporâneo, fundante da nova hermenêutica dos tribunais. ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 45/6.

²⁴⁶ José Frederico Marques, expoente de processualística da Escola Paulista, leciona que os princípios são meio de suprimento das lacunas legislativas, devendo ser utilizados quando não for possível suprir essas lacunas pela analogia ou pelo direito costumeiro. Nas palavras do autor,

Theodoro Júnior²⁴⁷ os princípios são inspirações para a aplicação prática das leis formais.

Para Humberto Dalla Bernardina de Pinho os princípios são considerados como valores do ordenamento jurídico na medida em que, representam “o polo legitimador da dogmática jurídica em um Estado Democrático de Direito, pois traduzem a essência, a razão última, enfim, os valores que inspiram um dado ordenamento”²⁴⁸.

Gregório de Assagra de Almeida²⁴⁹ vê os princípios como preceitos histórico-democráticos do sistema em que estão inseridos, preconizando que eles

“cumpre, assim, ao intérprete da norma processual civil, extrair das regras processuais vigentes os princípios que as informam, e construir, em seguida, o preceito do caso concreto, projetando tais princípios sobre a espécie em exame”. MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Millennium, 2003, p. 44/5.

²⁴⁷ O processualista Humberto Theodoro Júnior dedica parágrafo de seu Curso de Direito Processual Civil aos denominados princípios informativos do direito processual, subdividindo-os em duas categorias: informativos do processo e informativos do procedimento. O conceito dos princípios fundamentais, para o autor, constituírem “a inspiração da legislação processual de nossos dias, e que devem ser considerados pelo hermeneuta das leis formais, em suas aplicações práticas, são de duas ordens: os relativos ao processo e os relativos ao procedimento”. Com isso, no que se refere aos princípios informativos do processo, o autor discorre sobre os seguintes princípios: devido processo legal, inquisitivo e dispositivo, contraditório, duplo grau de jurisdição, boa-fé e lealdade processual e verdade real. Já no que tange aos princípios informativos do procedimento elenca os seguintes princípios: oralidade, publicidade, economia processual, eventualidade ou preclusão. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 22.

²⁴⁸ Ao entender do autor os princípios tem importância inquestionável na ciência jurídica moderna, sendo aplicável para regular situações mais elásticas (sic). Sua listagem principiológica compreende os seguintes princípios: devido processo legal, isonomia ou igualdade entre as partes, contraditório e ampla defesa, juiz natural, inafastabilidade do controle jurisdicional, publicidade dos atos processuais, impulso oficial do processo, inadmissibilidade de prova ilícita, livre convencimento motivado ou persuasão racional do juiz, economia processual, duração razoável do processo, cooperação. O autor também traz os princípios processuais no projeto do novo CPC, a saber: do dispositivo, da inafastabilidade da jurisdição, da duração razoável do processo, da cooperação, da razoabilidade, da isonomia, da colaboração, do contraditório, da publicidade dos atos processuais e da flexibilização procedimental. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo*. Vol. 1: teoria geral do processo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 90/130.

²⁴⁹ Gregório Assagra de Almeida, no capítulo XI de sua obra trabalha a temática dos princípios com o viés direcionado à interpretação e aplicação do Direito Coletivo, propondo a revisão dos conceitos clássicos, com a apresentação de uma nova concepção constitucionalizada da *summa divisio*, rompendo os paradigmas atuais ao rever o papel do Estado no sistema jurídico democrático frente à temática relativa à pobreza, exclusão social, ordem jurídica justa e as políticas estatais. Assim, a proposta do autor centra-se na apresentação e justificação da nova *summa divisio* em Direito Coletivo e Direito Individual. Ao tratar sobre o tema princípios de Direito Coletivo, o autor faz a ressalva de que os princípios, mesmo no campo do Direito, apresentam-se de variadas formas, o que dificulta a compreensão dos legítimos valores destes na prática forense. Perfilhando do

conferem legitimidade e efetividade ao sistema, pois possuem uma dimensão que as regras jurídicas não têm, razão pela qual podem ser amplamente mais utilizados que as regras, porquanto estas se aplicam, ao ver do autor, na medida do *tudo ou nada*.

Para Rui Portanova²⁵⁰, os princípios são considerados como fonte do Direito, não sendo meros acessórios interpretativos. Para o autor é indispensável, na aplicação adequada dos princípios, a visão interdisciplinar do operador jurídico.

entendimento de Karl Larenz, para quem os princípios não têm o caráter de regras preconcebidas, mas somente uma ideia jurídica geral, como se fosse um fio condutor a concretização dos direitos, Gregório Assagra de Almeida defende que os princípios são considerados como proposições jurídicas, e que, assim, estes “eles exprimem sentido mais importante que as regras jurídicas e significam pontos básicos que constituem o próprio alicerce do direito”. Inicialmente, o autor refere que os princípios seriam preceitos histórico-democráticos do sistema ao qual estão inseridos, afirmando que, numa concepção mais crítica todos os princípios deveriam ser entendidos como preceitos democráticos, pois extraídos da norma constitucional e, em razão disso, teriam consonância direta com os fatos históricos advindos dos movimentos sociais, legitimando o sistema no qual estão inseridos, “orientando e servindo de base para a efetividade de outros preceitos e regras, que com eles forem compatíveis”. Em momento subsequente, direcionando-se aos princípios constitucionais, o autor define-os como mandamentos de otimização, sendo os “responsáveis pela guinada do novo Direito Constitucional pós-positivista, que compreende a Constituição como um sistema aberto de valores”. Assim, Gregório Assagra de Almeida trata dos princípios como proposições jurídicas, inseridos expressa ou implicitamente no sistema constitucional e infraconstitucional de tutela jurídica coletiva. ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 445.

²⁵⁰ Rui Portanova dedicou uma obra inteira aos ditos princípios do processo civil. Nela, o autor, partindo da divisão processual civil de princípios gerais e princípios informativos, subdivide os princípios processuais civis em três categorias, referentes ao juiz natural, ao acesso ao Judiciário e ao devido processo legal, fazendo a ressalva de que, no que tange aos quatro princípios informativos hodiernamente apresentados na doutrina, o autor acresce mais dois princípios: o instrumental e o efetivo. Rui Portanova discorre sobre volumoso número de princípios constantes nesta obra, listando no sumário 74 (setenta e quatro!) princípios, divididos em quatro categorias (a saber: princípios informativos, princípios do juiz natural, princípios de acesso à Justiça e princípios do devido processo legal) com, conseqüentemente, 70 (setenta) subprincípios no total (a primeira categoria tem 06 princípios, a segunda categoria tem 13 princípios, a terceira categoria tem 08 princípios e a quarta categoria tem 43 princípios). Considerando o grandioso número de princípios listados e explicados pelo autor na obra, este faz a ressalva de que, embora o direito processual civil tenha um número grandioso de princípios, como em todos os sistemas jurídicos de origem romana, os princípios são considerados como fonte do direito, não sendo “meros acessórios interpretativos”. Rui Portanova salienta a indispensabilidade do operador jurídico a visão interdisciplinar do fato, objetivando buscar além da norma os fatores sociais, ideológicos e políticos na adequada aplicação dos princípios, preconizando que Diferente da mecanicista aplicação da lei, os princípios não têm cada qual sentido absolutamente autônomo e limites absolutamente rígidos. Os princípios não são estanques ou absolutos. São relativos e por isso todos devem ser ponderados diante do caso concreto. [...] Ademais, nem todos os princípios têm previsão legal. Muitos (e às vezes os mais importantes, como, por exemplo, o da boa-fé no direito civil e do interesse público no processo) são reflexos imediatos da realidade. Em conclusão, extrai-se que para Rui Portanova, a qualidade de aplicação tanto da norma quanto dos princípios está ligada diretamente à motivação ideológica do operador jurídico, e sua intelecção depende da fundamentação apresentada. Para o autor os princípios são enunciados que consagram a as conquistas éticas da civilização e, por isso, podem ser aplicados a todos os casos

Nelson Nery Júnior²⁵¹, por sua vez, vê os princípios sob o ângulo do Direito Constitucional, alertando para sua preservação, pois sua incidência vem

concretos. PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.13/4.

²⁵¹ Nelson Nery Júnior, que também dedica obra exclusiva ao estudo dos princípios processuais: *Princípios do processo na Constituição Federal*. Neste livro, o autor inicialmente traça algumas considerações com relação às distinções observadas entre normas, princípios, regras, garantias e direitos, valendo-se das obras de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Luiz Virgílio Afonso da Silva, Lenio Luiz Streck, José Joaquim Gomes Canotilho e Josef Esser. Todavia, ressalta Nery Jr. que “verifica-se que não é uniforme o entendimento respeito dos conceitos de norma, princípio, regra, direito e garantia”, razão pela qual o autor refere não adotar nenhuma das correntes de pensamento formadas acerca da conceituação do que seriam os princípios, embora afirme que a teoria mais robusta e coerente seja a de Josef Esser. Objetivando o caráter didático o conceito de princípio adotado pelo autor funda-se na dogmática corrente neste sistema processual. No tocante à referida divisão esclarece o autor: Naturalmente o direito processual se compõe de um sistema uniforme, que lhe dá homogeneidade, de sorte a facilitar sua compreensão e aplicação para a solução das ameaças e lesões a direito. Mesmo que se reconheça essa unidade processual, é comum dizer-se didaticamente que existe um direito constitucional processual, para significar o conjunto das normas de direito processual que se encontra na Constituição Federal, ao lado de um direito processual constitucional, que seria a reunião dos princípios para o fim de regular denominada jurisdição constitucional. Não se trata, portanto, de ramos novos do direito processual. Assim, o autor examina os princípios fundamentais do processo sob o ângulo do direito constitucional, pois adotados pelo sistema pátrio, alertando para o fato de que “eles existem e devem ser preservados: sua incidência é que tem sofrido e deverá continuar sofrendo adaptações, dependendo do grau de desenvolvimento do sistema jurídico que as adote”. Nery Jr. trata apenas dos princípios constitucionais gerais que atuam no processo, desprezando os princípios específicos, uma vez que, para o autor, a incidência destes é direta. Para o autor o princípio constitucional fundamental base do direito processual civil é o do devido processo legal. Ao ver do autor “bastaria norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as consequências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios e regras constitucionais são espécies”. Isso porque, para Nery Jr., o princípio do devido processo legal “nada mais é do que a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível”, bastando a Constituição ter enunciado este princípio para as garantias insculpidas no art. 5º e seus incisos tornarem-se despidiendas. Ressalta o processualista que a amplitude da cláusula do devido processo legal torna desnecessária quaisquer dogmatizações processuais principiológicas, pois este princípio [...] pressupõe a incidência da isonomia; do contraditório; do direito à prova; da igualdade de armas; da motivação das decisões administrativas e judiciais; do direito ao silêncio; do direito a não produzir provas contra si mesmo e de não se auto incriminar; do direito de comunicar-se em sua própria língua nos atos do processo; da presunção de inocência; do direito de duplo grau de jurisdição no processo penal; do direito à publicidade dos atos processuais; do direito à duração razoável do processo; do direito ao julgador administrativo e ao acusador e julgador e juiz natural; do direito a juiz e tribunal independentes e imparciais; do direito de ser comunicado previamente dos atos do juízo, inclusive sobre as questões que o juiz deva decidir *ex officio*, entre outros derivados da procedural *due process clause*. Para tanto, justifica que a escolha dos princípios acima referidos “não foi arbitrária, mas seguiu critério lógico sistemático de analisar os realmente fundamentais do ponto de vista de sua predominância constitucional”. O que se verifica na doutrina dos princípios feita Nelson Nery Jr. é que estes se traduzem em preceitos constitucionais que sistematizam os direitos fundamentais. E, como verificado no processualista supracitado, bem como nos demais doutrinadores antes referidos, o vocábulo princípio também vem utilizado no sentido de indicar um norte, de ser norma diretriz do sistema, ou, ainda, como fonte de interpretação do sistema. NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 51.

sofrendo adaptações, dependendo do grau de desenvolvimento do sistema jurídico que as adote. Com isso, em razão do atual modelo constitucional dirigente, que determina a máxima aplicação dos direitos fundamentais, o autor divide os princípios processuais em duas categorias, por assim se dizer, compreendendo a primeira dita categoria o princípio do devido processo legal enquanto a segunda categoria compreenderia os princípios derivados desta, tais como o princípio da isonomia, o princípio do juiz e do promotor natural, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, o princípio do contraditório e da ampla defesa, o princípio da proibição da prova ilícita, o princípio da publicidade dos atos processuais, o princípio do duplo grau de jurisdição, o princípio da motivação das decisões judiciais e administrativas, o princípio da presunção de não culpabilidade e o princípio da celeridade e da duração razoável do processo.

Elpídio Donizetti conceitua os princípios como mandamentos de otimização. Refere o aludido processualista que os princípios são “normas que ordenam que algo seja cumprido na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas de cada caso concreto”²⁵².

Diante do panorama doutrinário supracitado facilmente se observa quão amplas são as noções expostas na conjectura de delimitação do conceito de princípio. Isto ocorre em razão do caráter multifacetário e polissêmico²⁵³ do termo princípio. Os princípios trabalhados na doutrina brasileira comportam uma definição abrangente, podendo-se inferir três sentidos para o termo princípio. No primeiro sentido são vistos como *supernormas*, ou seja, normas que exprimem valores e que, por isso, são tidas como ponto de partida, de referência para regras que as desdobram. No segundo sentido, seriam *standards*, impondo o estabelecimento de

²⁵² O autor vale-se da “aguda” [sic] visão de Dworkin e Alexy para diferenciar regras de princípios. Em sua listagem principiológica traz os princípios da efetividade, da adequação e da adaptabilidade do procedimento, do juízo natural, da improrrogabilidade, da indeclinabilidade (ou inafastabilidade), da imparcialidade, da ação (ou da demanda), do impulso oficial, do dispositivo e inquisitivo, do contraditório, da ampla defesa/amplitude do direito de ação, da igualdade, da cooperação, da lealdade processual, da duração razoável do processo, do duplo grau de jurisdição, da instrumentalidade das formas e da persuasão racional do juiz. DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 15. ed. rev., ampl. e atual. até a Lei no 12.322/2010. São Paulo: Atlas, 2011, p. 81/99.

²⁵³ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Malheiros. 1998, p. 76.

normas específicas a fim de preordenar o conteúdo da regra legal, e no terceiro sentido encontrado seriam *generalizações*, obtidas por indução a partir das normas vigentes sobre determinada matéria, com conotação descritiva.

Mas o que se resume na análise da doutrina supracitada é a clara indefinição do conceito do que realmente seja um princípio jurídico, tendo em vista que parte da doutrina a entende como critérios classificadores do sistema jurídico a que pertencem, enquanto outra parte vê os princípios como formalizadores da aplicação prática do sistema legislativo, havendo, ainda, parcela significativa que considere os princípios como meros *standards* interpretativos.

Consoante leciona Virgílio Afonso da Silva é peculiar a noção princípio tradicionalmente usada na literatura jurídica brasileira:

"Princípios" são, tradicionalmente, definidos como "mandamentos nucleares" ou "disposições fundamentais" de um sistema, ou ainda como "núcleos de condensações". A nomenclatura pode variar um pouco de autor para autor - e são vários os que se dedicaram ao problema dos princípios jurídicos no Brasil - mas a idéia costuma ser a mesma: princípios seriam as normas mais fundamentais do sistema, enquanto que as regras costumam ser definidas como uma concretização desses princípios e teriam, por isso, caráter mais instrumental e menos fundamental. No âmbito dessa distinção, são inúmeras as tentativas de classificação dos princípios constitucionais.²⁵⁴

Em Pontes de Miranda, para quem os "princípios não são regras gerais e abstratas, nem a forma que molda o sistema jurídico, mas sim aquisições indutivas, conhecimento assente e verificado da matéria social"²⁵⁵, já encontrava-se a lição de que os princípios jurídicos são vagos e mutáveis, alterando-se de acordo com as condições sociais em que se apresentam. Entretanto, assevera o autor que não se verifica um estudo aprofundado acerca dos princípios que manifeste os diferentes modos por meio dos quais estes podem ser concebidos, seja com uma função meramente epistemológica, seja com a função de solucionar os problemas pela

²⁵⁴ SILVA, Virgílio Afonso. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. In: Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1. 2003, p. 612.

²⁵⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Calvanti. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2. ed. Tomo IV. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972, p. 221.

insuficiência do modelo exegético-conceitual, tornando-se assim, pautas de orientação.

O que se extrai é a incompreensão radical dos pontos determinantes para a delimitação do próprio conceito de princípio. Sequer há uma elucidação dos diferentes modos que podem ser utilizados para articular o conceito de princípio²⁵⁶. O direito processual brasileiro perpassa por uma crise principiológica, em que os princípios não passam de *standards* interpretativos:

Sua diversidade – e falta de critérios até mesmo para a sua definição – dá mostras da dimensão dos problemas enfrentados pelas diversas teorias que tratam da construção das condições de possibilidade da institucionalização de princípios efetivamente de índole constitucional. Na verdade, no modo como são apresentados – pelo menos em sua expressiva maioria – tais *Standards* são originários de construções nitidamente pragmatistas, mas, que, em um segundo momento, adquirem foros de universalização.²⁵⁷

Relacionado à crise principiológica, que fomenta a propagação de decisionismos, está a questão da indefinição estrutural entre regras e princípios. A indefinição estrutural entre regras e princípios apresenta-se como um problema²⁵⁸ de

²⁵⁶ Rafael Tomaz de Oliveira, em obra dedicada ao estudo do conceito de princípios, não traz uma definição do conceito de princípio, mas aponta a enorme dificuldade de generalizá-la, pois “cada significado do conceito de princípio carrega consigo uma carga histórico-filosófica que possibilita sua formação e lhe confere contornos teóricos específicos”. Para o aludido autor, os princípios não são estruturas ou meros enunciados previamente elencados e interpretados pelos operadores do direito. São sempre uma possibilidade que nunca se efetiva por inteiro. Entende Rafael que o significado conceitual dos princípios acontece “num horizonte de sentido dado pela história”, prevalecendo então o modelo histórico-concreto de pensamento em detrimento ao modelo matemático-abstrato, referindo que, para se responder ao questionamento: “o que são princípios jurídicos?”, faz-se necessário sair do modo ‘ingênuo’ de se lidar com eles no âmbito da análise jurídica e procurar desvelar a dimensão transcendental que sustenta qualquer discurso sobre o Direito”. Nesse norte, ao invés de traçar um conceito vago e amplo, o autor traz três significados para a expressão princípio: 1) os princípios gerais do direito; 2) os princípios jurídico-epistemológicos; e 3) os princípios pragmático-problemáticos. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 28/45.

²⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 490.

²⁵⁸ Rafael Oliveira destaca as questões-problema com relação à crise principiológica assim resumindo: a ausência de clareza conceitual do que seja um princípio, conquanto o uso doutrinário e jurisprudencial ignore a multiplicidade de significados com que os princípios são tratados no Direito; as poucas manifestações doutrinárias aptas a esclarecer os significados e os diversos usos do conceito de princípio, pois os autores não esclarecem se estão lidando com princípios

gênese dos princípios, eis que parte considerável da doutrina processual além de não conseguir delimitar o conceito de princípio, também não consegue distingui-los das regras.

Considerando-se que a distinção entre regra e princípio no cenário doutrinário tem sua justificativa na recepção da teoria da ponderação de Robert Alexy se faz necessário a análise desta distinção. Nesse diapasão, com a finalidade de distinguir as regras dos princípios, optou-se pelo confronto²⁵⁹ entre a teoria de Robert Alexy com a teoria desenvolvida por Ronald Dworkin, na medida em que o embate destas teorias problematiza os pressupostos que operam ocultamente no conceito de princípio, e também, porque o conceito de princípio ocupar lugar privilegiado nestas teorias e o tratamento abordado nelas mostra-se diametralmente oposto²⁶⁰.

gerais do Direito das doutrinas oitocentistas, ou se estão pensando no significado pragmático-problemático que os princípios recebem no contexto atual, e, também, o fato de que os juristas não esclarecem se estão falando de princípio como uma espécie de princípio geral do Direito ou se estão tratando de princípios epistemológicos. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 29/30.

²⁵⁹ Salutar ressaltar que se trata efetivamente de um confronto entre teorias, pois parte-se do pressuposto de que a teoria de Alexy, embora seja caracterizada como pós-positivista, continua a repristinar vários conceitos do velho positivismo. Dentre eles observa-se a utilização dos princípios como álbis para fomentar decisionismos através da discricionariedade, razão pela qual optamos pelo confronto (e não a cruzar!) das teorias. Já a teoria de Dworkin enquadra-se realmente dentro de posturas pós-positivistas, na medida em que, com os princípios, busca superar decisionismo. Assim, referimo-nos expressamente a um confronto eis que “Qualquer esforço teórico que acabe por cruzar um modelo de teoria pós-positivista com outro terá, necessariamente sua validade contestada. Isso porque, [...] em cada uma destas teorias, haverá uma espécie de quadro referencial, no interior do qual se desdobrarão os significados de conceitos básicos para a teoria jurídica” STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 508.

²⁶⁰ Lenio Streck destaca que a teoria de Alexy tem raízes de cunho positivista, na medida em que, na evidente impossibilidade de que as regras abarquem a complexidade do mundo prático, os positivistas confiaram à solução dos casos não previstos ao discernimento pessoal do juiz (autoridade pública encarregada de dar a última palavra ao decidir). Com isso, para os positivistas os princípios tinham função puramente garantidora da inteireza dos textos legais, servindo tão somente para suprir os vácuos normativos que as leis, porventura, não lograram perfazer. Os princípios não possuíam caráter normativo. Eram apenas em reforço, diretrizes ou balizas que guiarão o julgador no momento de decisão de uma controvérsia jurídica cuja solução não encontrasse previsão no ordenamento jurídico. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 508. No mesmo sentido Rafael Oliveira destaca que ao confrontar das teses, é possível verificar que a teoria de Alexy ainda finca raízes no positivismo, pois não conseguiu explicar a utilização dos princípios nos casos difíceis sem escorregar para o exercício do poder arbitrário. Isso porque o positivismo, sequestrando o mundo

Robert Alexy faz a distinção estrutural entre regras e princípios em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, cujo foco foi fornecer respostas racionalmente fundamentadas às questões vinculadas aos direitos fundamentais, que corresponderiam a uma abertura do sistema jurídico ao sistema da moral, abertura esta razoável e que, portanto, deveria ser levada à cabo com meios racionais.

O conceito de norma em Alexy tem o significado de um enunciado normativo, passível de ser expresso em modalidades deônticas básicas de ordem, proibição e permissão. As normas, para ele, estão divididas em dois grupos: normas de Direito Fundamental (aquelas que são expressas diretamente pela Constituição) e as normas adscritas de Direito Fundamental (feitas conforme o direito, ou pela referência à sua positivação, ou pela possibilidade de desenvolver uma argumentação jusfundamental correta)²⁶¹. E é com essas premissas que Alexy vai estruturar as normas de Direitos Fundamentais bipartindo-as entre regras e princípios. Ou seja, em Alexy as normas tem dois sentidos: um deôntico (composto por dois tipos de enunciados: as regras e os princípios) e outro axiológico (também composto por dois tipos de enunciados: as regras de valoração e os critérios de valoração)²⁶².

Embora Alexy²⁶³ refira que *“tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición”*, salienta que os princípios se diferenciam na medida em que *“son normas de un grado de generalidad relativamente alto, y las reglas normas con un nivel relativamente bajo de generalidad”*.

prático do direito, resumiu a teoria do direito a um sistema de regras, e com isso, se eximiu de problematizar as práticas interpretativas do direito. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 172.

²⁶¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 52/66.

²⁶² OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 183.

²⁶³ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 83.

Os princípios em Alexy são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível (dentro das possibilidades fáticas e jurídicas) encerrando mandamentos de otimização, o que permite que eles sejam cumpridos em diferentes graus (dependente das possibilidades reais e jurídicas). Já as regras tem caráter de mandado de definição enquanto normas que ordenam algo definitivo, que somente admitem ou cumprimento ou o descumprimento, ou seja: se a regra é válida há de cumprir exatamente o que ela exige, nem mais, nem menos²⁶⁴.

Já em Dworkin os princípios constituem-se em um “padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”²⁶⁵, e as regras “são aplicáveis à maneira tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e nesse caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e nesse caso em nada contribui para a decisão”²⁶⁶.

Em Alexy o conflito entre regras deve ser solucionado mediante a introdução em uma delas de uma cláusula de exceção a sua aplicação (que excepcionaria a aplicação da regra ao caso específico²⁶⁷). Caso não seja possível

²⁶⁴ ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86/7.

²⁶⁵ E, com isso os distingue da política (*policy*), esta entendida como “padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, geralmente uma melhoria em alguma característica econômica, política ou social da comunidade”. Com isso, as decisões judiciais, especialmente nos casos difíceis, compreendidos aqueles cujas respostas não se encontram nas regras, devem ser tomadas a partir de argumentos de princípio, e não de argumentos de política. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes. 2011, p. 36/39.

²⁶⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes. 2011, p. 39.

²⁶⁷ O exemplo utilizado é o seguinte: a regra 1 estabelece que todas as pessoas devesse permanecer na sala até o toque de saída; enquanto a regra 2 determina o abandono da sala antes do toque no caso de incêndio. Caso soe o alarme de incêndio e não o alarme de saída essas regras tornam-se contraditórias e o conflito deve ser resolvido com a inserção de uma cláusula de exceção na regra 1, para que excepcionalmente esta não seja aplicada no caso de tocar o alarme de incêndio. *In verbis*: “um exemplo para um conflito entre regras que pode ser resolvido por meio da introdução de uma cláusula de exceção é aquele que entre a proibição de sair da sala de aula ante que o sinal toque e o dever de deixar a sala se soar ao alarme de incêndio. Se o sinal ainda não tiver sido tocado, mas o alarme de incêndio tiver soado, essas regras conduzem a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si. Esse conflito deve ser solucionado por meio da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção para o caso do alarme de incêndio. Se esse tipo de solução não for possível, pelo menos uma das regras tem que ser declarada inválida e, com isso, extirpada do ordenamento jurídico.” ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 88.

aplicar a cláusula, uma das normas contrastantes há de ser declarada inválida²⁶⁸, o que implicará na exclusão do ordenamento jurídico. Para esta teoria, é comum às regras e aos princípios o fato de que se aplicados independentemente um do outro, conduzirem resultados incompatíveis (dois juízos de dever ser contraditório).

Ao ver de Dworkin, quando uma regra jurídica for mais importante na regulação de determinado comportamento ela suplanta a regra que é menos importante. Assim, se duas regras entram em conflito uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida deve ser tomada levando-se em conta questões previstas no sistema jurídico para regular esses conflitos, como por exemplo, a precedência à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa do gênero²⁶⁹.

Mas a similitude das teorias somente²⁷⁰ se esboça com relação às regras, pois, no que tange a colisão entre princípios Alexy e Dworkin divergem, se distanciando. E essa separação entre as teorias é fundamental para que se possa entender como Dworkin entende os princípios e sua aplicação.

Para Alexy, enquanto o conflito de regras se resolve pela dimensão da validade, a colisão de princípios se resolve de acordo com a medida de peso deste, o que o autor chama de ponderação da dimensão de peso dos princípios sob as circunstâncias do caso²⁷¹. Dworkin também faz referência à dimensão do peso ou

²⁶⁸ Caso em que, para o autor, seriam utilizados os critérios de lei posterior derroga a anterior, lei mais específica derroga a genérica e, ainda, escolher de acordo com a importância das regras em conflito. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 88.

²⁶⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes. 2011, p. 43.

²⁷⁰ Francisco Motta refere que, no que tange a aplicação do direito, pode-se observar outro ponto de contato entre as teorias: a abertura do direito a moral através da institucionalização de Direitos Fundamentais (direitos preferenciais para Dworkin) e a preocupação em descobrir que direitos que as pessoas efetivamente têm. MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. De outra banda, Rafael Tomaz Oliveira entende que, de algum modo, é apressada a aproximação que se faz entre o tudo-ou-nada de Dworkin e a subsunção de Alexy, por entender que “a referência dworkiniana a essa característica da regra refere-se muito mais ao modo como se dá a justificação argumentativa de uma regra, do que propriamente ao seu modelo de aplicação.”. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

²⁷¹ Lastreando a sua análise sobre a questão Alexy utiliza-se de inúmeras decisões do Tribunal Constitucional alemão onde a ponderação é considerada como uma forma de contribuir para que

importância dos princípios²⁷² a ser utilizada no caso de intercruzamento de princípios. Todavia, a dimensão de peso é aplicada de forma totalmente diferente em Alexy e Dworkin.

Como em Alexy os princípios são caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em graus diferentes, na medida em que seu cumprimento depende não só das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas, a aplicação destes se dá mediante ponderação dos interesses opostos²⁷³ cuja legitimidade dependerá da racionalidade. Assim, quando algo é permitido por um princípio e proibido por outro, uma das normas há de ceder em face da outra, pois ambas são válidas e integrantes do ordenamento jurídico.

Já a aplicação da dimensão de peso ou importância de um princípio em Dworkin se dá, como já dito, de forma totalmente diversa, sendo possível afirmar que o autor combina critérios de peso e importância do princípio. Dworkin não vê uma relação de oposição (separação) entre regras e princípios²⁷⁴, e com isso, nenhum

os Direitos Fundamentais sejam concretizados da maior forma possível, levando em conta as condições fáticas e jurídicas em cada caso concreto. Basicamente a lei da ponderação se dá em três passos: 1º) deve ser comprovado o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio; 2º) comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário, e 3º) comprovar se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento de outro. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 89.

²⁷² DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes. 2011, p. 42.

²⁷³ Ou seja, a lei da ponderação é a seguinte: quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro. Com isso a aplicação de um princípio preponderante depende de pelo menos dois elementos aptos a criar a chamada comensurabilidade racional, quais sejam: 1) ponto de vista uniforme sobre a Constituição; e 2) na construção de uma escala (leve, médio ou grave, por exemplo) para avaliar os graus de perdas e ganhos jurídico-fundamentais. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 90. Ana Paula de Barcellos ensina que: “[...] a ponderação pode ser descrita como uma técnica de decisão própria para casos difíceis (do inglês ‘hard cases’), em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado. A estrutura geral da subsunção pode ser descrita da seguinte forma: premissa maior – enunciado normativo – incidindo sobre premissa menor – fatos – e produzindo como consequência a aplicação da norma ao caso concreto. O que ocorre comumente nos casos difíceis, porém, é que convivem, postulando aplicação, diversas premissas maiores igualmente válidas e de mesma hierarquia que, todavia, indicam soluções normativas diversas e muitas vezes contraditórias. A subsunção não tem instrumentos para produzir uma conclusão que seja capaz de considerar todos os elementos normativos pertinentes; sua lógica tentará isolar uma única norma para o caso”. BARCELLOS, Ana Paula de. *Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional*. In: A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luís Roberto Barroso (Org.). 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 55.

²⁷⁴ Isso porque, para o autor, as regras não subsistem sozinhas, não retiram validade de si própria. Elas devem ter algum sentido coerente com a integridade do direito. E esse sentido é o princípio,

princípio deixa de ter importância ao ponto de ser excluído da fundamentação de uma decisão.

Em Dworkin os princípios tem uma dimensão que as regras não têm. Eles não se aplicam da mesma maneira que as regras (tudo-ou-nada), ao contrário, eles inclinam a decisão para uma direção, se inter cruzando, fazendo valer a força relativa de cada um, sobrevivendo intactos quando não prevalecerem, podendo ambos (ou todos) seguir valendo. Assim, quando princípios se inter cruzam, o julgador tem de levar em conta a força relativa de cada um. Melhor dito nas palavras do autor:

Se um juiz acredita que os princípios que ele tem obrigação de reconhecer apontam em uma direção e os princípios que apontam em outra direção não tem igual peso, então ele deve decidir de acordo com isso, do mesmo modo que ele deve seguir uma regra que ele acredita obrigatória²⁷⁵.

Disso se extrai que a teoria de Dworkin é mais sofisticada^{276, 277} que a de Alexy porque vê os princípios como um amálgma de práticas e formas

pois a interpretação do juiz em favor de determinado padrão no direito como princípio deve ser justificada de forma coerente e íntegra. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes. 2011, p. 57.

²⁷⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes. 2011, p. 57.

²⁷⁶ A sofisticação, neste caso, é apontada por Stephen Guest. O autor justifica que pelo fato de que a interpretação do Direito dworkiniana se dar de forma coerente e integrada, pode-se afirmar que Dworkin aprofundou e modificou uma vertente interpretativa cuja senda fora averta por Hart, mas que, contudo, ao radicalizá-la Dworkin transforma-a numa das mais afiadas armas contra o próprio positivismo de Hart. In GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 05 da apresentação.

²⁷⁷ Em pensamento oposto, Humberto Ávila refere que “A tese segundo a qual as regras se distinguem pelo modo ‘tudo ou nada’ como são aplicadas, já parcialmente criticada, merece mais algumas ponderações. [...] É preciso, de um lado, considerar que há também regras mais ou menos vagas ou ambíguas, em função das quais a consequência jurídica não pode ser imediatamente implementada (regras que contém conceitos jurídicos indeterminados, p. ex.); de outro, é necessário considerar que há variadas formas de relacionamento entre as regras (estabelecimento de definições, instituição de exceções ou estabelecimento de novas condições), em função das quais a decisão é modificada. Assim, a afirmação segundo a qual as regras são aplicadas do modo ‘tudo ou nada’ só tem sentido quando todas as questões relacionadas à validade, ao sentido e à subsunção final dos fatos já estiverem superadas. Mesmo no caso de regras, essas questões não são facilmente solucionadas. Isso porque a vagueza não é traço distintivo dos princípios, mas elemento comum de qualquer enunciado prescritivo, seja ele um princípio, seja ele uma regra. A única diferença permanece sendo de grau. [...] Vale dizer: a distinção entre princípios e regras não pode ser baseada no suposto método ‘tudo ou nada’ de aplicação das regras, pois também elas precisam, para que sejam implementadas as suas consequências, de um processo prévio — e por vezes longo e complexo como o dos princípios — de interpretação que demonstre quais as consequências que serão implementadas. E, ainda assim, só a aplicação diante do caso concreto é que irá corroborar as hipóteses anteriormente

compartilhadas pela comunidade²⁷⁸. Embora não seja fácil demonstrar a dimensão de peso de um princípio, como o próprio autor ressalva²⁷⁹, considerar que os princípios desempenham um papel nos argumentos sobre a obrigação jurídica é a vantagem sobre a forma como Alexy entende os princípios.

Para Dworkin saber se um princípio é ou não um princípio de uma comunidade é matéria para a argumentação²⁸⁰, que deverá levar em conta a reconstrução da história institucional do direito a que se visa a resguardar. Nessa esteira serão adequados os princípios enquanto padrões do direito, na medida em que sirvam de base para as instituições e leis da sociedade.

Em suma:

[...] em Dworkin, a normatividade assumida pelos princípios possibilita um “fechamento interpretativo”, próprio da blindagem hermenêutica contra discricionarismos judiciais. Essa normatividade não é oriunda de uma operação semântica ficcional, como se dá com a teoria dos princípios de Alexy. Ao contrário, ela retira seu conteúdo normativo de uma convivência intersubjetiva que emana dos vínculos existentes na moralidade política da comunidade. Os princípios, nessa perspectiva, são vivenciados (“faticizados”) por aqueles que participam da comunidade política e que determinam a formação comum de uma sociedade. É exatamente por esse motivo que tais

havidas como automáticas. Nesse sentido, após a interpretação diante de circunstâncias específicas (ato de aplicação), tanto as regras quanto os princípios, em vez de se extremarem, se aproximam. A única diferença constatável continua sendo o grau de abstração anterior à interpretação (cuja verificação também depende de prévia interpretação): no caso dos princípios, o grau de abstração é maior relativamente à norma de comportamento a ser determinada, já que eles não se vinculam abstratamente à uma situação específica (p. ex. princípio democrático, Estado de Direito); no caso das regras, as conseqüências são de pronto verificáveis, ainda que devam ser corroboradas por meio do ato de aplicação. Esse critério distintivo entre princípios e regras perde, porém, parte de sua importância quando se constata, de um lado, que a aplicação das regras também depende da conjunta interpretação dos princípios que a elas digam respeito (p. ex. regras do procedimento legislativo em correlação com o princípio democrático) e, de outro, que os princípios normalmente requerem a complementação de regras para serem aplicados.” ÁVILA, Humberto. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. In Revista Diálogo Jurídico Ano I. vol. I. n.º. 4. Julho de 2001. Salvador: Bahia, 2001, p. 5.

²⁷⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes. 2011, p. 58.

²⁷⁹ O autor refere que não se pode demonstrar o peso ou autoridade de um princípio da mesma maneira que pode-se demonstrar a validade de uma regra reportando-a a um ato do Congresso ou voto de um Tribunal autorizado. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes. 2011, p. 58.

²⁸⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes. 2011, p. 125.

princípios são elevados ao status da constitucionalidade. Por isso, os princípios são deontológicos²⁸¹.

Com isso o juiz irá harmonizar dois eixos: a intenção/propósito da lei e os princípios que subjazem as regras positivas do direito. Nesse norte, a resposta correta seria aquela que resolvesse melhor a dupla exigência que se impõe ao juiz, ou seja, fazer com que a decisão se harmonize o melhor possível com a jurisprudência anterior e ao mesmo tempo a atualize (justifique) conforme a moral política da comunidade.

Disso tudo se extrai que no fundo princípios são normas e normas são princípios e que não há um conceito *a priori* de norma que defina antecipadamente o que é princípio e o que é regra²⁸². Como a norma é produto da interpretação²⁸³ de um texto ela somente se realiza no momento da concretização da interpretação.

²⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 57.

²⁸² Neste mesmo norte François Ost leciona que, ao invés de deduzir-se de premissas formais e *a priori*, o Direito deve ser imaginado no meio mesmo das relações de interlocução e das demandas de reconhecimento que formam a trama do tecido social. OST, François. *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*. Tradução de Paulo Neves. São Leopoldo: UNISINOS, 2004, p. 51/52.

²⁸³ O sentido de interpretação, conforme disserta Cristine Oliveira Peter da Silva, “[...] pode ser empregado tanto no sentido lato quanto no sentido estrito. Em sentido lato, a interpretação pode abarcar a interpretação artística, musical, psicológica, sociológica, etc. Já em sentido estrito, a interpretação refere-se à ação interpretativa diante de um texto fixado gramaticalmente.” SILVA, Cristine Oliveira Peter da. *Hermenêutica de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 147. Conforme leciona Diniz a interpretação é um processo de conhecimento que ocorre posteriormente ao primeiro contato do ser humano com a realidade, ou seja, é um processo que se dá num momento posterior ao contato do indivíduo com o objeto: “todo o processo de conhecimento é uma interpretação da realidade. É uma elevação, ao plano do pensar, da percepção imediata. Ele se insere no âmbito das duas possíveis atividades que o ser humano pode desenvolver, quando posto em contato com a realidade: reação, em que predomina o seu lado puramente instintivo e interpretação, quando transpõe para o plano do saber o seu contato preliminar com a realidade que o circunda”. DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998, p. 197. Pelos ensinamentos de Maximiliano, “interpretar é explicar, esclarecer; dar significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma contém.” MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 7. Por sua vez, Coelho, em trabalho sobre a interpretação jurídica, afirma que “é uma atividade intelectual que tem por finalidade precípua – desentranhando o seu sentido-, tornar possível a aplicação de enunciados normativos, necessariamente abstratos e gerais, a situações da vida, particulares e concretas.” COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003, p. 40. Ainda, ao propósito, Grau assinala que, como interpretação/aplicação, “parte da compreensão dos textos normativos e dos fatos, passa pela produção das normas que devem ser ponderadas para a solução do caso e finda com a escolha de uma determinada

Neste desiderato, acerca de diferença entre texto e norma imperioso destacar a diferença apontada na teoria de Friedrich Müller, a qual é fundada no pressuposto de que texto de norma e norma jurídica não são a mesma coisa. Para Müller a norma é construída apenas no caso concreto, como resultado de uma atividade prática, na qual os elementos linguísticos do Direito, os textos de normas, adquirem sentido a partir de sua conjugação com os elementos de fato. Ou seja, a norma não existe antes do confronto com os fatos. Em Müller

Normas jurídicas não são dependentes do caso, mas referidas a ele, sendo que não constitui problema prioritário se se trata de um caso efetivamente pendente ou de um caso fictício. Uma norma não é carente de interpretação porque e à medida em que ela não “unívoca”, “evidente”, porque e à medida que ela é “destituída de clareza” – mas sobretudo porque ela deve ser aplicada a um caso (real ou fictício). Uma norma no sentido da metódica tradicional (isto é: o teor literal de uma norma) pode parecer “clara” ou mesmo “unívoca” no papel, já o próximo caso prático ao qual ela deve ser aplicada pode fazer que ela se afigure extremamente “destituída de clareza”. Isto se evidencia sempre somente na tentativa efetiva da concretização. Nela não se “aplica” algo pronto e acabado a um conjunto de fatos igualmente compreensível como concluído. O positivismo legalista alegou e continua alegando isso. Mas “a” norma jurídica não está pronta nem “substancialmente” concluída.”²⁸⁴.

Müller buscou retirar a excessiva carga teórica que assombra a interpretação/aplicação das normas jurídicas dividindo o processo de interpretação em três planos: a) programa da norma; b) âmbito da norma; e c) norma de decisão. Para o autor a interpretação deve partir do texto da norma, mediante a aplicação de todos os recursos hermenêuticos disponíveis. Diante disso “A norma jurídica é compreendida erroneamente como ordem, como juízo hipotético, como vontade materialmente vazia. Direito e realidade, norma e segmento normativo da realidade aparecem justapostos ‘em si’ sem se relacionarem; um não carece do outro, ambos

solução para ele, consignada na norma de decisão.” GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 26.

²⁸⁴ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de Direito Constitucional*. 3. ed. Trad. Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 61.

só se encontram no caminho da subsunção do suporte fático, de uma aplicação da prescrição.”²⁸⁵.

Referindo que na metódica de Friedrich Müller, a norma não é apenas o produto da interpretação do texto, já que essa é apenas a parte inicial de um processo mais complexo, Virgílio Afonso da Silva disserta que “texto e norma não se confundem, pois o primeiro é apenas um enunciado lingüístico, enquanto que a norma é o produto da interpretação desse enunciado.”²⁸⁶

Assim, realizar previamente a distinção estrutural do conceito (como faz Alexy) alcança aos princípios a condição de metarregra, o que faz com que, no fundo, o princípio ingresse no sistema para resolver as insuficiências ônticas (de essência) das regras. Ou seja, pela ponderação alexyana, abre-se espaço à vontade do intérprete na escolha dos princípios que serão colocados em colisão.

Como bem assevera Ferrajoli que “não se trata de um jogo de palavras. A contraposição, a meu ver inconsistente, instituída, indistintamente, entre regras e princípios tem relevante questões práticas. O aspecto mais insidioso é o radical enfraquecimento do valor vinculante de todos os princípios, sobretudo os de nível constitucional”²⁸⁷.

Neste contexto, a problemática envolvendo a distinção estrutural princípio-regra é que os princípios acontecem antes do caso, em abstrato. Não há primeiro uma formação subjetiva de princípios e depois sua aplicação compartilhada no mundo da convivência. Ao contrário, essa formação principiológica é formada pelo mundo ao mesmo tempo em que forma o mundo. Os princípios aparecem como os indícios formais que mostram o caminho legítimo para a formação do direito.

²⁸⁵ MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2009, p. 18.

²⁸⁶ SILVA, Virgílio Afonso. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. In: Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1. 2003, p. 616.

²⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 41.

Um homem que constrói sua vida conduzindo suas ações por (bons) princípios legitima sua obra de modo a dizer que teve uma vida boa. Da mesma maneira com a comunidade política, que se estrutura seu direito num todo coerente de princípios legitima a força do poder político do Estado. Essa é a grande evolução do Estado moderno: ao contrário do Estado medieval, onde a ideia de pertencimento que obedecia a vontade do senhor feudal ou do príncipe, no Estado constitucional obedece-se ao direito porque há um princípio que se justifica tal obediência.

Os princípios são marcas que balizam a formação da história institucional do direito, positivada nas leis. E essa história institucional possibilita a formação legítima de algo como uma decisão judicial. Esse é o espaço dos princípios não se podendo, portanto, falar cisão entre princípio-regra²⁸⁸, conquanto por detrás de cada regra haja um princípio que lhe é anterior. As regras não acontecem sem princípios. Eles sempre atuam como determinantes para a concretização do direito, conduzindo para a resposta adequada.

Desta forma, quando se diz que há diferença entre uma regra e um princípio, quer se dizer que a regra guarda especificidades na medida em que institucionaliza a forma imediata de aplicação do direito. Já os princípios, no modo como são compreendidos em Dworkin e na hermenêutica, não possuem essa coagulação de sentido, pois não tem os mesmos limites semânticos da regra. Na verdade, eles tem uma dimensão antecipatória de sentido e guardam a dimensão de transcendentalidade no direito. “Podemos discutir a sua aplicação, mas não o seu

²⁸⁸ Lenio Streck refere que o correto é diferenciar regras e princípios e não cingi-los, conquanto as regras não aconteçam sem os princípios. Os princípios sempre atuam como determinantes para a concretização do direito, enquanto as regras constituem modalidades objetivas de solução de conflitos. Elas regem o caso, determinando o que deve ou não ser feito. Os princípios autorizam essa determinação, eles fazem com que o caso seja decidido legitimamente. De todo modo, os princípios não resolvem o caso, mas constituem a legitimidade da solução, fazendo com que a decisão seja incorporada ao todo da história institucional do direito. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 562.

domínio sintático-semântico. Talvez nisso resida o principal problema para a compreensão do que seja um princípio e a sua diferença em relação à regra”²⁸⁹.

Por fim, ainda, quanto à problemática da definição conceitual de princípio, de se salientar que dentro do quadro doutrinário desenvolvido no atual paradigma interpretativo, além da indefinição do conceito de princípio ou mesmo de se estabelecer em que medida eles são distintos das regras, também se observa que não se clareia suficientemente o caráter pragmático dos princípios processuais, operando-se a necessidade de definição adjetiva dos princípios²⁹⁰, como uma espécie de reforço hermenêutico de que aquilo que está ali expresso é um princípio e, como tal, tem de ser levado em consideração pelo juiz e pelos cidadãos²⁹¹. A função adjetiva dos princípios leva a profusão destes, eis que qualquer teoria pode ser batizada por um princípio adjetivador.

Assim, para além da indefinição do conceito de princípio, outro problema é possível de ser visualizado no estudo da doutrina processualista anteriormente citada: a crise principiológica, no sentido de invenção, de profusão de princípios. E, diante da profusão de princípios ocorre a fragilização da autonomia do direito, assunto que se examina no item que segue.

²⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 567.

²⁹⁰ Principalmente nas decisões emanadas pelo Poder Judiciário como, por exemplo, no “princípio da derrota” (Apelação Cível Nº 70038833422, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Rafael dos Santos Júnior, Julgado em 07/12/2010); no “princípio da confiança no juiz da causa” (TJSC. Apelação Cível n. 2007.052136-1, de Capital. Relator: Cláudio Valdyr Helfenstein. Juiz Prolator: Saul Steil. Órgão Julgador: Quinta Câmara de Direito Comercial. Data: 31/03/2011); no “princípio do prejuízo” (TJPR. Apelação cível nº 0704367-0. Órgão Julgador: 10. Câmara Cível. Relator: Albino Jacomel Guerios. Revisor: Domingos José Perfetto. Julgamento: 07/10/2010); no “princípio da paternidade responsável” e “princípio da igualdade entre os filhos” (TJRJ. Apelação nº 0003164-38.2009.8.19.0006 – Rel. Desa. Teresa Castro Neves - Julgamento: 16/02/2011 - Décima Sexta Câmara Cível), dentre outros.

²⁹¹ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 31.

3.2 A profusão de princípios e a fragilização da autonomia do Direito

Como verificado no item anterior, o conceito de princípio longe está de uma determinação rigorosa, aparecendo como ponto de convergência das mais distintas posições e, em consequência, continuamos sem saber ao certo o que são os princípios e em que medida eles são distintos das regras. Igualmente vimos que além da indefinição do conceito de princípio e da problemática envolvendo a cisão estrutural entre regra e princípio, assola a crise principiológica a invenção, a profusão de princípios criados *ad hoc* para justificar as mais variadas teses.

A proliferação de princípios vem sendo objeto de críticas²⁹² por parte de doutrinadores como Luigi Ferrajoli, que refere-se à profusão de princípios cunhando a expressão “bolha terminológica”²⁹³; Lenio Streck²⁹⁴, que cunhou o termo

²⁹² As incursões proporcionadas pela filosofia hermenêutica e hermenêutica filosófica no direito são as formas como a doutrina jurídica brasileira crítica buscou para enfrentar a entificação dos sentidos jurídicos provocados pela dogmatização aos Direitos Fundamentais Individuais e Sociais prescritos na Constituição de 1988. As críticas partem de um movimento chamado Nova Crítica ao Direito (NCD) ou Hermenêutica Jurídica Crítica (HJC). Com pontapé inicial na ideia de moralidade política advogada por Dworkin, uma concepção na qual o Direito pode ser compreendido como um conjunto de princípios que representam a moralidade política da comunidade (Dworkin expressa que a comunidade de princípios implica que as pessoas aceitem que são governadas por princípios comuns e, com isso, as decisões políticas perquirem acerca do debate sobre quais princípios a comunidade deve assumir no seu sistema. Será através dos princípios adotados que se poderá perceber os ideais de justiça, equidade e devido processo legal). Para os críticos, nas sociedades democráticas não se pode falar em Direito sem compartilhar de princípios jurídicos que garantam o Estado de Direito. Com isso constrói-se, progressivamente, uma tradição que reclama autoridade e quere clama a sua constante releitura na compreensão (interpretação) do Direito junto ao caso concreto.

²⁹³ Ferrajoli cunhou a expressão bolha terminológica para definir o fenômeno referindo que: “Na verdade, tenho a impressão de que, por causa de tal ampliação, a ponderação terminou se transformando, nestes últimos anos, em uma espécie de bolha terminológica, tão dilata que chegou às formas mais variadas de esvaziamento e de inaplicação das normas constitucionais, tanto no nível legislativo quanto no nível jurisdicional. FERRAJOLI, Luigi (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 47.

²⁹⁴ Lenio Streck, em sua obra *Verdade e Consenso*, criticou a profusão principiológica cunhando o termo “Panprincipiologismo em Terrae Brasilis”. Consultar: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 475. Sobre a referida expressão valemo-nos das palavras de Adalberto Hommerding: “algumas dessas críticas e o próprio termo “panprincipiologismo” ficam por conta de STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso* [...]. Streck, de forma original, elaborou a Nova Crítica (Hermenêutica) do Direito, com amparo filosófico em Heidegger e Gadamer, sendo corolário do Direito da Integridade de Ronald Dworkin. [...] A Teoria Hermenêutica proposta por Lenio, no entanto, parece apresentar as melhores condições de possibilidade para a construção de respostas corretas que combatam a subjetividade do julgador. Lenio defende um Direito Fundamental a respostas corretas (adequadas constitucionalmente) no Direito, que respeitem sua coerência e integridade”. HOMMERDING,

“pamprincipiologismo” para referir-se ao problema; Eros Grau²⁹⁵, que se refere ao problema da profusão de princípios com o termo “principializado”; Humberto Ávila²⁹⁶, que menciona o “Estado principiológico” que assola com a profusão de princípios, dentre outros²⁹⁷.

Adalberto Narciso. O direito fundamental ao devido processo legal/constitucional frente à institucionalização do panprincipiologismo processual. In: SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPÍNDOLA, Angela Araujo da Silveira (Org.). *Anais do II Congresso Internacional Jurisdição, Constituição e Democracia. Direito Fundamental ao Devido Processo Constitucional na América Latina: entre o neoliberalismo e a democratização*. v. 1, p. 151-202. São Leopoldo: Unisinos, 2010.

²⁹⁵ Eros Grau cunhou o termo “Principializado” para criticar os inúmeros princípios inventados. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. 2006, p. 49. Em obras posteriores seguiu combatendo o uso indiscriminados dos princípios, especialmente na obra *Por que tenho medo dos juízes*, onde leciona: “Os juízes despedaçam a segurança jurídica quando abusam do uso de princípios e praticam – fazem-no cotidianamente! – os controles da proporcionalidade e da razoabilidade das leis. Insisto neste ponto: juízes não podem decidir subjetivamente, de acordo com seu senso de justiça. Estão vinculados pelo dever de aplicar o direito (a Constituição e as leis). Enquanto a jurisprudência do STF estiver fundada na ponderação entre princípios – isto é, na arbitrária formulação de juízos de valor –, a segurança jurídica está sendo despedaçada!”. GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 22.

²⁹⁶ Humberto Ávila na crítica a proliferação dos princípios na doutrina e decisões judiciais cunhou o termo “Estado Principiológico”, ao se referir a criatividade sem limites na criação de novos princípios. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed., 2005, p. 15. Humberto Ávila disserta que: “A busca de uma definição mais precisa de princípios jurídicos é necessária. Não tanto pela diferença da denominação, mas pela distinção estrutural entre os fenômenos jurídicos que se procura descrever mediante o emprego de diversas categorias jurídicas. Ora, tanto a doutrina como a jurisprudência são unânimes em afirmar que as normas jurídicas mais importantes de um ordenamento jurídico são os princípios. Do próprio ordenamento jurídico brasileiro constam normas positiva ou doutrinariamente denominadas de princípios, alguns fundamentais, outros gerais. Sua definição não pode, por isso, ser equívoca, antes deve ser de tal forma formulada, que a sua aplicação diante do caso concreto possa ser intersubjetivamente controlável. ÁVILA, Humberto. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. In Revista Diálogo Jurídico Ano I. vol. I. n.º. 4. Julho de 2001. Salvador: Bahia, 2001, p. 5/6.

²⁹⁷ Também combatem a profusão principiológica Rafael Oliveira, Adalberto Narciso Hommerding e Francisco José Borges. Rafael Oliveira também critica o problema relacionado com a proliferação principiológica, referindo que, o uso indiscriminado do termo princípio e a criação *ad hoc* de novos princípios, também devem ser vistos como critérios que dificultam a conceituação do que seja princípio. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. Adalberto Narciso Hommerding e Francisco José Borges referem que “no Brasil, isto chegou a níveis crônicos. Saltamos de um período de negação da normatividade dos princípios para uma ‘era’ onde todos os padrões parecem ter sido ‘agraciados’ com a ‘dignidade’ de princípio. Daí que nos vemos às voltas com ‘padrões de julgamento’ que, na verdade, tem efeito muito mais retórico (performático) do que algum laço moral, [...]”. HOMMERDING, Adalberto Narciso e MOTTA, Francisco José Borges. *Princípios e Regras: um problema epistemológico ou hermenêutico*. In Anais do III Congresso de Direito, Multiculturalismo e Cidadania – I Encontro Regional de Antropologia e Direito. Santo Ângelo: FURI, 2009, p. 12.

Todos destacam que na profusão de princípios ocorre uma fragilização daquilo que é o ponto central do novo direito: a sua autonomia²⁹⁸. Isso porque os princípios não podem ser vistos como padrões de condutas reconhecidos por terem sido expedidos por decisões das autoridades instituídas tomadas no passado, ou mesmo o modo de pensar de determinado julgador, mas sim, como parte do contexto moral e político que atravessa uma determinada comunidade²⁹⁹. Como leciona Lenio Streck, a proliferação de princípios

[...] pode acarretar o enfraquecimento da autonomia do direito (e da força normativa da Constituição), na medida em que parcela considerável (desses “princípios”) é transformada em discursos com pretensões de correção e, no limite, [...] um alibi para decisões que ultrapassem os próprios limites semânticos do texto constitucional. Assim, está-se diante de um fenômeno que pode ser chamado de “panprincipiologismo”, caminho perigoso para um retorno à “completude” que caracterizou o velho positivismo novecentista, mas que adentrou ao século XX: na “ausência” de “leis apropriadas” (a aferição desse nível de adequação é feita, evidentemente, pelo protagonismo judicial), o intérprete “deve” lançar mão dessa ampla principiologia, sendo que, na falta de um “princípio” aplicável, o próprio intérprete pode criá-lo.³⁰⁰

E a proliferação de princípios ficou evidenciada no estudo abordado no item anterior, quando, apenas na doutrina processual objeto de recorte do estudo verificamos a existência de 157 (cento e cinquenta e sete! ³⁰¹) princípios

²⁹⁸ Autonomia significa, simplesmente, capacidade da investigação jurídica gerar os próprios resultados, sem ficar aferrada a outras instâncias do conhecimento. O Direito possui uma autonomia de sentido, como diria Castanheira Neves: “Ao atingir o sentido do direito, imediatamente há de se deparar com a sua autonomia: “autonomia já relativamente aos próprios ‘direitos do homem’, já perante o político e também ao puramente ético e ainda no contexto de um qualquer holismo prático-social”. CASTANHEIRA NEVES, António. *Direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito*. In: NEVES, António Castanheira. (Org.). *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 72.

²⁹⁹ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 178/9.

³⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 493.

³⁰¹ Da doutrina processual analisada contamos 13 princípios em Gregório Assagra (proporcionalidade, democrático; solidariedade coletiva; devido processo legal coletivo substancial; proibição do retrocesso do Direito Coletivo; aplicabilidade imediata do Direito Coletivo; priorização da proteção coletiva preventiva; não-taxatividade ou não-limitação do Direito Coletivo; universalidade da proteção e da efetivação do Direito Coletivo; imprescritibilidade e indecadenciabilidade do Direito Coletivo; conformação do procedimento e do provimento conforme

devidamente conceituados. Da mesma forma, como verificado no item anterior e com amparo na lição de Riccardo Guastini³⁰² tem-se que há tanta divergência quanto ao significado dos princípios que pode-se afirmar que haveria quase tantas definições de princípios quantos são os autores que sobre eles escrevem. Ou seja, verificou-se que os princípios passaram a ser articulados dos mais diversos modos, como fatores majorativos e minorativos³⁰³ do poder discricionário do juiz no momento da decisão.

o Direito Coletivo); 06 em Rui Portanova (o princípio lógico, princípio econômico, princípio político, princípio jurídico, princípio da instrumentalidade e princípio efetivo); 08 em Moacyr Amaral dos Santos (Princípio da Iniciativa das Partes, Princípio do Contraditório, Princípios de Impulso Processual, Princípio Dispositivo, Princípio da Livre Convicção do Juiz, Princípio da Publicidade, Princípio da Lealdade Processual e Princípio da Oralidade); 13 com Nelson Nery Júnior (princípio do devido processo legal, o princípio da isonomia, o princípio do juiz e do promotor natural, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, o princípio do contraditório e da ampla defesa, o princípio da proibição da prova ilícita, o princípio da publicidade dos atos processuais, o princípio do duplo grau de jurisdição, o princípio da motivação das decisões judiciais e administrativas, o princípio da presunção de não culpabilidade e o princípio da celeridade e da duração razoável do processo); 20 em Elpídio Donizetti: princípios da efetividade, da adequação e da adaptabilidade do procedimento, do juízo natural, da improrrogabilidade, da indeclinabilidade (ou inafastabilidade), da imparcialidade, da ação (ou da demanda), do impulso oficial, do dispositivo e inquisitivo, do contraditório, da ampla defesa/amplitude do direito de ação, da igualdade, da cooperação, da lealdade processual, da duração razoável do processo, do duplo grau de jurisdição, da instrumentalidade das formas e da persuasão racional do juiz); 23 em Humerto Dalla Bernardina Pinho: devido processo legal, isonomia ou igualdade entre as partes, contraditório e ampla defesa, juiz natural, inafastabilidade do controle jurisdicional, publicidade dos atos processuais, impulso oficial do processo, inadmissibilidade de prova ilícita, livre convencimento motivado ou persuasão racional do juiz, economia processual, duração razoável do processo, cooperação e princípios processuais no projeto do novo CPC: do dispositivo, da inafastabilidade da jurisdição, da duração razoável do processo, da cooperação, da razoabilidade, da isonomia, da colaboração, do contraditório, da publicidade dos atos processuais e da flexibilização procedimental; e, por fim, 74 (!) princípios listados na obra de Princípios do processo civil de Rui Portanova: da inércia da jurisdição, da independência, da imparcialidade, da inafastabilidade, da gratuidade judiciária, da investidura, da aderência ao território, da indelegabilidade, da indeclinabilidade e da independência da jurisdição civil e criminal, da demanda, da autonomia da ação, do dispositivo, da ampla defesa, da defesa global, da eventualidade, da estabilidade objetiva da demanda, da estabilidade subjetiva da demanda, da perpetuatio jurisdiçãoe e da recursividade, do impulso oficial, do contraditório, da publicidade, da finalidade, do prejuízo, da busca da verdade, da licitude da prova, da avaliação da prova, do livre convencimento, da persuasão racional, do duplo grau de jurisdição, da fungibilidade do recurso, da dialeticidade, da devolutividade do recurso e da irrecorribilidade em separado das interlocutórias.

³⁰² Nesse norte Riccardo Guastini, entende que não se deveria sequer buscar uma definição unitária dos princípios jurídicos, mas apenas aceitar, primeiro, que alguns autores o utilizam com um significado e outros com outro e, segundo, que o termo princípio pode referir-se a vários fenômenos, e não somente a um só. GUASTINI, Riccardo. *Teoria e dogmatica delle fonti*. Milano Giuffrè, 1998, pág. 276.

³⁰³ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 27/8.

Neste panorama chega-se à conclusão de que no cenário jurídico atual a utilização dos princípios vem tomando rumos indesejados³⁰⁴, como o da banalização

³⁰⁴ Para Lenio, na verdade, estamos diante de *standards* interpretativos, cujos valores buscam ser positivados no ordenamento jurídico “como se o paradigma do Estado Democrático de Direito fosse a ‘pedra filosofal da legitimidade principiológica’, da qual pudessem ser retirados tantos princípios quanto necessários para solvermos os casos difíceis ou ‘corrigir’ as incertezas da linguagem”. Partindo desse ponto, o autor ilustra sua teoria com a análise de alguns princípios de “nítida pretensão retórico-corretiva”. Assim, aponta os princípios da simetria (espécie de meta-princípio utilizado na solução de controvérsias que tratam da discussão de competências), da efetividade da constituição (para o autor um princípio no mínimo tautológico, posto que não exista norma constitucional sem perspectiva de eficácia), da precaução (utilizado pelos Tribunais para expressar a ameaça da tomada de decisões, também referido pelo autor como a institucionalização de uma tautologia jurídica), da não surpresa (princípio que garantiria aos cidadãos segurança contra surpresas inesperadas), da confiança (princípio que para o autor tem lugar no campo performático da argumentação jurídica, traduzindo-se no dever-poder de segurança jurídica e do Estado de Direito), da absoluta prioridade dos Direitos da Criança e do Adolescente (princípio originado para resolver o embate entre a colisão do direito à prioridade previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente com o princípio da dignidade), da afetividade (princípio que, ao ver do autor, escancara a compreensão do direito como subsidiário a juízos morais), do processo tempestivo (princípio de pouca serventia para o autor, posto que existente dispositivo constitucional tratasse da tempestividade processual, bem como inúmeros mecanismos que reforça o protagonismo judicial), da ubiquidade (também considerado pelo autor como um *standard* interpretativo, este princípio considera o bem ambiental onipresente), do caso consumado (*standard* segundo o qual deve ser mantida a situação que já estiver consolidada), do deduzido e do dedutível (referido pelo autor como princípio de altíssimo índice de tautologia, cuja função é colocar em evidência uma regra processual que proíbe que uma mesma demanda seja julgada duas vezes), da instrumentalidade processual (princípio que autoriza o juiz a estabelecer os caminhos necessários à solução da lide, desde que não prejudique uma das partes, o que, para o citado autor “é herança antiga do paradigma da filosofia da consciência”), da delação impositiva (também visto como *standard* interpretativo, que estabelece a obrigação de comunicação das práticas que violem direitos e garantias dos idosos), protetor no direito do trabalho (princípio que estabelece que as normas do direito do trabalho devam buscar proteger o trabalhador), da alteridade (que estabelece a necessidade de se colocar no lugar do outro para compreendê-lo), da tipicidade fechada (estabelece uma reserva incondicional de lei na definição abstrata dos elementos necessários à tributação), da cooperação processual (*standard* que propicia a cooperação entre os juízes e mandatários para alcançar justiça ágil e eficaz), da confiança no juiz da causa (estabelece que o juiz, por estar mais próximo dos fatos, tem maior noção dos fatos ocorridos), da humanidade (princípio pelo qual não poderiam ser aplicadas sanções passíveis de atingir a dignidade da pessoa humana, ou, ainda, passíveis de lesionar a constituição físico-psíquica dos condenados), da benignidade (princípio criado para justificar a aplicação de multas fiscais mais benéficas ao contribuinte, advindas de lei tributária mais nova), da não ingerência (princípio que mais se assemelha a uma relação comercial entre bancos e clientes, estabelece a não substituição dos clientes pelo Banco na conduta dos negócios bancários), da paternidade responsável (*toppoi* argumentativo que estabelece um ponto de vista sobre a paternidade), do autogoverno da magistratura (tautologia administrativa e financeira ao estabelecido no art. 99, caput da Constituição Federal), da moderação (princípio mensurador do percentual de honorários advocatícios a ser aplicado sobre o valor da condenação), o princípio da situação excepcional consolidada (*standard* decorrente de uma situação não prevista no ordenamento jurídico e supervenientemente instalada na força normativa dos fatos, buscando, assim, a proteção de situações consolidadas pela inércia do Poder Legislativo) e mais os princípios da jurisdição equivalente (utilizado para prover monocraticamente o recurso sob o fundamento de que o juízo colegiado certamente ia decidir da mesma forma), princípio da felicidade (a CF garante o direito a felicidade), princípio da indenizabilidade restrita (que as indenizações não pode ter como parâmetro as indenizações aéreas), princípio lógico do processo civil (que postula pela utilização das formas mais adequadas), princípio da recursividade (mesmo do duplo grau de jurisdição,

do uso dos princípios e a criatividade sem limites dos intérpretes ao atribuir novos sentidos aos princípios já existentes, sem que haja o mínimo de cuidado com os textos³⁰⁵ e até mesmo o enfraquecimento normativo, consoante alerta Ferrajoli ao destacar que “a própria e indistinta caracterização dos princípios oferecida pelos mais ilustres do constitucionalismo principialista que comporta, ainda que em termos menos explícitos, o seu enfraquecimento normativo”³⁰⁶.

E os rumos indesejados acabam por fragilizar o direito uma vez que “invocar um princípio na argumentação jurídica é importante e necessário para que o Direito possa ser produzido de forma democrática e coerente”³⁰⁷, e em caso oposto, a autonomia do Direito restará prejudicada nas decisões judiciais pautadas em argumentos arbitrários, não democráticos e não coerentes.

devendo-se lembrar de que duplo grau não é uma garantia), princípio da dialeticidade (que obriga o tribunal apreciar as razões e contrarrazões aduzidas no processo), da elasticidade ou adaptabilidade processual (que permite adaptar o procedimento a causa), princípio da continuidade do serviço público (determina que os serviços públicos não possam ser interrompidos. A questão que se coloca é que se for paralisado, haverá punição?), princípio da cortesia (que estipula que deve haver bom tratamento ao público), princípio da inalterabilidade ou invariabilidade da sentença (prevê que a sentença depois de publicada não pode mais ser alterada pelo juiz), princípio da adequação (prevê a possibilidade de o legislador criar regras processuais adequadas à discussão judicial), princípio da pureza ou exclusividade orçamentária (com conteúdo idêntico ao da regra do art. 165, § 8º da CF), princípio da beneficência de Hipócrates (pai da medicina, dispõe que o médico deve buscar o melhor para o paciente) e, por fim, princípio da autonomia universitária (o mesmo determinado na regra do art. 207 da CF). Após a referida lista exemplificativa de princípios, o autor faz a ressalva de que o rol é ainda maior, podendo ser incluídos nele os princípios da rotatividade, o lógico, o econômico, da gratuidade judiciária, da aderência ao território, da recursividade, do debate, da celeridade, da preclusão, da preferibilidade do rito ordinário, da finalidade, da busca da verdade, da livre admissibilidade da prova, da comunhão da prova, da sucumbência, da invariabilidade da sentença, dentre outros, inclusos a lista até mesmo os ditos princípios da Lei dos Juizados Especiais Cíveis que embora tratados na lei no art. 2º como critérios, a doutrina insiste em vê-los como princípios. STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 478.

³⁰⁵ HOMMERDING, Adalberto Narciso. *O direito fundamental ao devido processo legal/constitucional frente à institucionalização do panprincipiologismo processual*. In: SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPÍNDOLA, Angela Araujo da Silveira (Org.). Anais do II Congresso Internacional Jurisdição, Constituição e Democracia. Direito Fundamental ao Devido Processo Constitucional na América Latina: entre o neoliberalismo e a democratização. v. 1, p. 151-202. São Leopoldo: Unisinos, 2010.

³⁰⁶ FERRAJOLI, Luigi (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 42.

³⁰⁷ HOMMERDING, Adalberto Narciso e MOTTA, Francisco José Borges. *Princípios e Regras: um problema epistemológico ou hermenêutico*. In Anais do III Congresso de Direito, Multiculturalismo e Cidadania – I Encontro Regional de Antropologia e Direito. Santo Ângelo: FURI, 2009, p. 12.

Como anteriormente referido, uma das vertentes da problemática da indefinição do conceito de princípio reside na criação *ad hoc* de princípios, no uso dos princípios como *aberturas hermenêuticas*, fazendo às vezes de embrião da reconstrução histórico-institucional do direito³⁰⁸. Ocorre que a consequência imediata e inegável desta problemática é a fragilização do direito. Os princípios no contexto atual assumiram a função de *para-regras*, absorvendo a ideia de que com eles toda resposta pode ser a correta³⁰⁹, pois os enunciados principiológicos são criados partindo de um grau de significado zero para o significado que o protagonista judicial almeja para o caso concreto.

E os princípios, no modo valorativo como são fabricados, acabam colaborando para essa reificação³¹⁰ do Direito. Construiu-se um imaginário na comunidade jurídica brasileira dentro do qual o decidir de forma solipsista encontra guarida no paradigma da filosofia da consciência. E esse ativismo assume extrema relevância ao passo que, se levado ao extremo, a lei democraticamente aprovada perderá espaço para o que o juiz entenda da lei³¹¹. No atual contexto jurídico brasileiro, onde cada decisão parte de um grau zero de sentido, as perguntas que se põem são: onde ficam a tradição, a coerência e integridade do Direito? Há uma consciência inata naqueles que julgam?³¹².

³⁰⁸ No tangente à atribuição de sentido interpretativo-aplicativo dos princípios, Lenio Streck disserta sobre a autonomia do direito e a democracia partindo desta perspectiva para analisar a profusão de princípios, que ele denomina de pamprincipiologismo em *Terrae Brasilis*, referindo que há uma incompreensão radical dos pontos determinantes para a delimitação do próprio conceito de princípio, pois não há uma preocupação “visando elucidar os diferentes modos que podem ser utilizados para articular o conceito de princípio”. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 492.

³⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 493.

³¹⁰ Termo empregado para designar o fenômeno de “coisificação” dos sentidos, de aspecto negativo. Designa a transformação de uma representação mental em uma “coisa”, atribuindo-lhe assim uma realidade autônoma objetiva. Segundo a teoria marxista, a reificação é o último estágio da alienação do trabalhador, no sentido de que sua força de trabalho se transforma em valor de troca, escapando a seu próprio controle e tornando-se uma “coisa autônoma”. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 5. ed. Trad. Alfredo Bossi. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 841.

³¹¹ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isso- Decido conforme minha consciência?* 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010, p. 30.

³¹² STRECK, Lenio Luiz. *O que é isso- Decido conforme minha consciência?* 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010, p. 20/43.

A bolha especulativa dos princípios formada na jurisprudência pátria é eivada de axiologismo e de vãs tentativas de buscar valores, como se estes fossem uma espécie de realismo moral, no contexto de uma ontologia clássica. A atuação do Judiciário brasileiro coloca o direito à disposição para qualquer coisa. Com isso, para que os ditos *princípios* anteriormente verificados fossem assim considerados, deveriam encerrar as omissões legislativas violadoras da isonomia e da igualdade como padrões morais e normativos, vinculando a legitimidade do exercício das prerrogativas do Poder Público e não configurando a arbitrariedade deste Poder.

É por isso que, o modo como a doutrina processual vem tratando dos princípios propicia a abertura interpretativa do direito, o que fere a democracia, propulsionando arbitrariedades. Isso porque, a jurisprudência que se forma em torno das teses principiológicas não significa simplesmente um conjunto de casos julgados, pois, “um caso isolado, que tenha ‘quebrado’ a sequência de decisões e que não tenha sido seguido provavelmente terá sido fruto de decisão arbitrária, do mesmo modo, a quebra sequencial, sem fundamentação, apenas com o dizer ‘neste caso não sigo a jurisprudência’ tem *validade hermenêutica* ‘zero’”³¹³.

A abertura interpretativa, propiciada pela profusão de princípios, fere a autonomia do Direito na medida em que a descriteriosa utilização dos princípios, transformados em álibis ou até mesmo com uso em teses antitéticas, fortalece o protagonismo judicial. E a livre vontade do intérprete, desmedida de amarras, não serve para outra coisa senão propulsionar arbitrariedades e discricionariedades.

Cappelletti alerta que “discricionariedade não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos. Na verdade, todo sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos *limites à liberdade judicial*, tanto *processuais* quanto *substanciais*”³¹⁴ e dentre estes limites, o presente

³¹³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p.09/10.

³¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 23/24.

estudo busca analisar dentre os que se referem a interpretação, os atribuídos ao conceito de princípio jurídico como forma de evitar a profusão destes.

A justificativa se dá na medida em que a profusão de princípios proporciona-nos uma falsa saída³¹⁵, a saída do positivismo: aposta em subsunções de ementas³¹⁶. A interpretação da norma jurídica, conforme observa Müller, não está pronta nem substancialmente concluída, mas sim é referida ao caso concreto, não se aplicando algo pronto e acabado a um conjunto de fatos igualmente compreensível como concluído³¹⁷.

Assim, não há que se falar em vontade da lei e vontade do legislador, como os positivistas advogam. De outra banda, a caracterização do pós-positivismo está ligada à indeterminação do direito, enquanto evidenciada a impossibilidade de se prever, mesmo que abstratamente, todas as hipóteses de aplicação deste. Esta

³¹⁵ A falsa saída é extraída do pensar de Adalberto Hommerding, para quem “Os exemplos trazidos servem para demonstrar o quão distante estamos de efetivar um Devido Processo Constitucional com respostas corretas, fundamentadas, que atenda(m) aos argumentos das partes; com decisões que atendam a integridade e a coerência do direito. Standards retóricos não constituem fundamentação. Nesse sentido, o panprincipiologismo processual proporciona-nos uma “falsa saída”. [...] Quando, em nossas peças jurídicas, sejam elas petições, pareceres, ou decisões judiciais, fazemos menção a princípios que, na verdade, não passam de meros standards (“coagulações hermenêuticas de sentido”, ‘objetificações interpretativas’), deixamos de ir ao ‘encontro do mundo’, olvidando a faticidade e a temporalidade dos casos. O apego à retórica das ementas e ao caráter sintático/semântico do Direito faz com que ‘hiperdimensionemos’ a conceitualização em prejuízo da argumentação principiológica, esquecendo, assim, a historicidade e a moralidade institucionalizada, aumentando o risco de vermos rachada a coerência e a integridade do Direito. E o Direito Fundamental ao Devido Processo Legal/Constitucional que se ‘dane!’”. HOMMERDING, Adalberto Narciso. *O direito fundamental ao devido processo legal/constitucional frente à institucionalização do panprincipiologismo processual*. In: SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPÍNDOLA, Angela Araujo da Silveira (Org.). *Anais do II Congresso Internacional Jurisdição, Constituição e Democracia. Direito Fundamental ao Devido Processo Constitucional na América Latina: entre o neoliberalismo e a democratização*. v. 1, p. 151-202. São Leopoldo: Unisinos, 2010.

³¹⁶ Gisele Cittadino afirma que, ressalvando as raras exceções, “o pensamento jurídico brasileiro é marcadamente positivista e comprometido com a defesa de um sistema de direitos voltado para a garantia da autonomia privada dos cidadãos”. CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 14. Conforme tem-se em Bobbio, até recentemente se tinha a ideia de que os problemas das antinomias do ordenamento jurídico se resolviam a partir de critérios cronológicos, hierárquicos e de especialidade, ficando o juiz vinculado à “vontade da lei”. E justamente sobre tal pretensão, de esgotamento do sentido das coisas, que o positivismo jurídico se assentou e manteve- a sua impossibilidade de compreender os fenômenos e relações do novo tipo de sociedade, porque fundamentado em ideais de busca pela segurança e certeza – caráter iluminista. BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria celeste C. J. Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1999, p. 91/97.

³¹⁷ MÜLLER, Friederich. *Métodos de trabalho de Direito Constitucional*. 3. ed. Trad. Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 201

preocupação ressoa na emergência dos princípios, pois os problemas advindos da indeterminação do direito passam pelo problema dos princípios, das cláusulas gerais, enunciados abertos, dentre outros³¹⁸.

Não se pode conceber a lei simplesmente como um texto e entender que ele encerra em si o sentido da lei. Isso porque “o sentido já vem antes do texto, na medida em que a lei se projeta no mundo da vida como uma tentativa de resolver casos futuros a partir de situações passadas carentes de regulação adequada, o sentido não aparece só depois, como se tratasse da aplicação de um texto”³¹⁹. Isso fica evidente na medida em que o direito já não é mais concebido como um sistema somente de regras, mas de regras e princípios, como propagado pelos pós-positivistas, interessando, assim, saber o que fazer com os casos não contemplados pelas regras e em que medida as regras são distintas dos princípios.

Assim, a fim de preservar a autonomia do direito há de se preservar a ideia de os princípios não são estruturas ou meros enunciados previamente elencados e interpretados pelos operadores do direito, mas sempre uma possibilidade que nunca se efetiva por inteiro. Com isso, os princípios devem ser pensados segundo os postulados da equidade e da integridade, pois um princípio nunca ocorre isoladamente, mas sempre numa *comum-unidade*³²⁰. Assim, a aplicação jurídica de um determinado princípio somente pode ser efetivada no momento de sua interpretação, ou seja, no momento em que a decisão judicial é proferida.

É que a determinação do conceito de princípio não pode ser efetuada por meio de uma simples análise do efetivo uso real que os juristas fazem do termo princípio, pois cada significado do conceito de princípio carrega consigo uma carga histórico-filosófica que possibilita sua formação e lhe confere contornos teóricos específicos e impõe ao intérprete a tarefa de interrogar filosoficamente o conceito de

³¹⁸ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 171.

³¹⁹ SCHAPP, Jan. *Problemas fundamentais da metodologia jurídica*. Trad. de Ernildo Stein. Porto Alegre: SAFE, 1985, p. 111/113.

³²⁰ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 177/8.

princípio. Isso porque o Direito situa-se para “além dos meros debates técnico-jurídicos a respeito das leis, dos procedimentos e das fórmulas que as diversas epistemologias concebem no intuito de organizar logicamente [...] o estudo do direito”³²¹.

Logo, a superação do positivismo é condição necessária para a implantação e consolidação de um modelo de Estado Democrático de Direito, com uma constituição compromissória, valorativa e principiológica. Neste sentido, os princípios devem ocupar um papel essencial na construção deste modelo, o que não vem ocorrendo. Segundo Lenio Streck, os princípios que “deveriam superar o modelo discricionário do positivismo, passaram a ser anulados por conceitualizações, que acabaram por transformá-los ‘regras’ ou ‘proto-regras’ (verbetes, conceitos lexicográficos, enunciados, súmulas, etc.)”³²².

Igualmente não se pode fazer uma cisão estrutural regra-princípio. Isso porque, ao se fazer uma distinção estrutural entre regra-princípio no âmbito semântico, sempre serão possíveis vários resultados, que nem sempre serão aqueles que apontam para a concretização de direitos, pois a utilização de um mesmo princípio pode proporcionar resultados absolutamente distintos para casos similares. É o entendimento de Paulo Bonavides:

Tudo quanto escrevemos fartamente acerca dos princípios, em busca de sua normatividade, a mais alta de todo o sistema, porquanto quem os decepa arranca as raízes da árvore jurídica, se resume no seguinte: não há distinção entre princípios e normas, os princípios são dotados de normatividade, as normas compreendem

³²¹ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 32. Francisco Motta refere que, se isto for corretamente compreendido estaremos em melhores condições de entender a interpretação construtiva, reconhecendo a impossibilidade de reconstrução das intenções históricas, pois “trata-se, em última análise, da compreensão de algo (um texto, por exemplo) que deve levar em conta fatores históricos (como a ‘intenção do autor’), mas que, uma vez dirigida por um ‘interesse’ (como a atribuição de um sentido ‘jurídico’ ao texto) do intérprete (também ele ‘situado’ historicamente), resultará na ‘construção’ de um ‘sentido’ novo, mas ainda assim ‘fiel’ ao texto (ou seja, nem por isso deixará de ser uma interpretação ‘correta’)”. MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

³²² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 174.

as regras e princípios, sendo as normas o gênero, e as regras e os princípios a espécie.³²³

A ponderação de princípios proposta na teoria alexyana é, em verdade, um álibi onde o julgador se protege ou se esconde através dela, sem, contudo, demonstrar o porquê tomou a decisão desta ou daquela maneira. Isso somente é possível por que persiste a crença de que primeiro se interpreta lei para depois aplica-la. É a lição que se extrai de Canotilho, para quem “as normas são ou princípios, ou regras ou são preceitos determinados princípios indeterminados (indetermináveis). [...] as regras interpretam-se; os princípios concretizam-se. As regras adaptam-se aos modelos tradicionais de interpretação; os princípios apontam para os modelos de concretização e de ponderação”³²⁴.

Em Esser também encontramos a ideia de que não pode haver uma cisão estrutural entre regras e princípios³²⁵, mas sim uma distinção de qualidade³²⁶. Para

³²³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros. 2008, p. 288.

³²⁴ O professor Canotilho também faz referência à importância da distinção entre regras e princípios na particularidade dos direitos fundamentais. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Princípios: entre a sabedoria e aprendizagem*. Boletim da Faculdade de Coimbra, v. LXXXII, p. 1-14, 2006.

³²⁵ Já Humberto Ávila distingue os princípios das regras mediante o “critério de abstração”: “Como se vê, esta é uma distinção baseada no critério de abstração da prescrição normativa. Ela explica o caráter prima-facie dos princípios, bem como sua posição no ordenamento jurídico. Essa distinção tem utilidade limitada, porque o caráter prima-facie de fixação de fins, se direta ou indiretamente, ou de determinação da conduta, se mais ou menos certa, depende da aplicação diante do caso concreto, que pode confirmar ou mesmo inverter as soluções havidas anterior e imediatamente como devidas. Isso explica a grande importância que se tem dado à metodologia do Direito na atualidade, já que é ela, e não apenas uma estrutura analítica de definições de espécies normativas, que pode oferecer critérios racionais para a interpretação e aplicação das normas jurídicas”. ÁVILA, Humberto. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. In Revista Diálogo Jurídico Ano I. vol. I. n.º. 4. Julho de 2001. Salvador: Bahia, 2001, p. 22.

³²⁶ ESSER, Josef. *Principios y normas en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1961, p. 50. A perspectiva de Esser destaca a importância dos princípios, os quais necessitam ser positivados e, assim, atuam como veículos de transformação da metodologia interpretativa. Em Esser os princípios constituem diretivas de valoração que orientam o intérprete e determinam o caminho da pré-compreensão, em face das possibilidades que se oferecem. E a pré-compreensão de quem aplica o direito, segundo Esser, não é nem homogênea nem unitária, mas é constituída de processos de apreensão de diversa natureza. por meio da atividade jurisdicional que a interpretação é operada. Neste sentido, Esser acentua que: “[...] a necessidade do juiz de pôr a vida em relação com a lei implica uma série de juízos de experiência não só bastante complexos do ponto de vista lógico, mas também inclui aspectos determinantes de natureza valorativa, como a ‘compreensão’ e a ‘interpretação’ tanto da norma quanto da circunstância de fato.” ESSER, Josef. *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*. Trad. Salvatore Patti e Giuseppe Zaccaria. Camerino: Edizione Scientifiche Italiane, 1983. p. 7 Pode-se inferir, então, que dentre as funções do intérprete está a

ele os princípios, ao contrário das regras, não contêm diretamente ordens, mas apenas fundamentos, critérios para justificação de uma ordem. A distinção entre princípios e regras não seria, portanto, apenas com base no grau de abstração e generalidade da prescrição normativa relativamente aos casos aos quais elas devem ser aplicadas. Em Esser os princípios não possuem uma ordem vinculada estabelecida de maneira direta, senão que apenas fundamentos para que essa seja determinada.

Nessa mesma trilha, Larenz define os princípios como normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento³²⁷. Igualmente para Virgílio Alfonso da Silva, para quem as regras expressam deveres definitivos, enquanto princípios expressam deveres *prima facie*:

[...] os princípios expressam deveres *prima facie*. Na aplicação concreta deles, contudo, o dever definitivo poderá diferir do dever *prima facie* expressado pelos princípios isoladamente considerados. Aquele dever definitivo terá, sim, que ser realizado "no todo", mas isso não significa que a distinção entre regras e princípios seja afetada, pois não é "o conteúdo de dever-ser" dos princípios que estará sendo realizado "no todo", mas somente o "conteúdo de dever-ser" de uma regra que terá surgido como produto do sopesamento entre os princípios colidentes e que, frise-se, valerá somente para aquele caso concreto ou para casos cujas possibilidades fáticas e jurídicas sejam idênticas. O dever que os princípios expressam continuará sendo um dever apenas *prima facie*, a ser realizado na medida ótima diante das possibilidades fáticas e jurídicas de cada caso concreto.³²⁸

tarefa de realizar a aplicação do direito com base na correta apreciação da situação concreta posta *sub judice*. É por intermédio da sua percepção que os dados fáticos ingressam na esfera jurídica e do seu cotejo com o ordenamento é que deve surgir a norma aplicável. Entretanto, em Esser esta atividade não consiste em uma operação meramente subsuntiva, mas em um momento criativo do intérprete do direito, no qual ele agrega à norma conteúdo valorativo, preenchendo o seu significado. Neste proceder, o intérprete deverá justificar a sua opção por meio de uma argumentação razoável que, ao final do processo de interpretação, representará a própria legitimação da decisão.

³²⁷ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 450.

³²⁸ SILVA, Virgílio Afonso. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. In: Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1. 2003, p. 622.

Para Castanheira Neves os princípios não possuem hipóteses de previsão e referencial determinados porque têm por essência regular um compromisso axiológico e prático, cuja normatividade se determina realizando-se, solicitando também uma compreensão prática, não restrita à dogmática e à lógica. Já as normas esperam aplicação e, por último, a visam, porém podem compreender-se e determinar-se sem a aplicação, devido à substância abstrata que têm por essência. Os princípios possuem determinados os seus sentidos em concreto, a tornar responsável o juízo decisório no momento da solução das controvérsias “práticas suscitadas pela invocação daqueles mesmos direitos e destes princípios”³²⁹.

O que se extrai da indefinição envolvendo o conceito de princípio, ou mesmo distinção estrutural com as regras jurídicas, é algo não problematizado que é o sujeito solipsista da modernidade, na medida em que a concretização dos direitos efetuada a partir da distinção estrutural fica entregue ao protagonismo dos tribunais e dos juízes. Falar do juiz no singular como uma categoria especial só tem sentido se virmos nele um tipo ideal ao qual sua existência concreta jamais se adapta totalmente. Em outras palavras, se o vemos como sujeito que assujeita o objeto³³⁰.

E o protagonismo judicial esbarra na garantia fundamental constitucional de fundamentação das decisões jurídicas. Na medida em que a Constituição Federal consagrou em seu art. 93, inciso IX o princípio segundo o qual é necessidade imperativa a fundamentação de toda decisão judicial ao preconizar que todos os julgamentos do Poder Judiciário serão públicos, e que todas as decisões serão

³²⁹ Castanheira Neves diferencia princípio e norma. A norma possui uma índole e uma estrutura lógico-formal representada por uma hipótese prevista e definida por uma condição normativa “se, então”. Dessa maneira, a norma enuncia apofanicamente falsidade ou veracidade que permite ao silogismo operar logicamente, cuja autonomia se basta em si. Castanheira Neves aduz que tais características da norma a tornam objeto do conhecimento: a) “já hermenêutico” (a “interpretação da lei”); b) já dogmático (que se manifesta no construtivismo jurídico); c) já sistemático (o que obteve uma expressão acabada no sistematicismo da “teoria pura do direito”). A “normatividade só é possível de se atingir assumindo a dialética entre o seu regulativo, que convoca à realização, e a prática (de acção e judicativa) em que encarne e a manifeste realizada”. CASTANHEIRA NEVES, António. *Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema” – modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito*. In: SANTOS, Luciano Nascimento (Coord.). *Estudos jurídicos de Coimbra*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 229-268, p. 231-232.

³³⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

fundamentadas, sob pena de nulidade³³¹, qualquer decisão proferida que assim não a faça, ou mesmo que a faça sem o devido cuidado, esbarra nesta garantia e fere a autonomia do direito.

Isso porque a interpretação criativa do Direito, tida como aquela que vai além da análise da simples "intenção do autor da norma" ou da "vontade do legislador", possui aspectos e limites que devem ser observados, como refere Cappelletti³³². De fato, se pode reconhecer um certo grau de criatividade em todo o ato de interpretação, o que não deve ser confundido com a afirmação de total liberdade do intérprete. Nas palavras de Cappelletti:

O verdadeiro problema, portanto, não é o da clara oposição, na realidade inexistente, entre conceitos de interpretação e criação do direito. O verdadeiro problema é outro, o do *grau de criatividade* e dos *modos, limites e aceitabilidade* da criação do direito por obra dos tribunais judiciais. [...] é justamente o próprio problema do papel do juiz, colocado em face ao papel do legislador³³³.

Motivar a decisão não é albergar qualquer tese jurídica incabível sobre uma capa de sentido principiológica. Motivar uma decisão significa dar as razões sobre as quais a determinada decisão foi adotada, expondo suas justificações. A racionalidade e a legitimidade da decisão perante os jurisdicionados, decorre da adequada fundamentação por meio das razões apropriadas³³⁴. Ou seja, a

³³¹ *In verbis*: “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

³³² Cappelletti leciona que quando se diz que a expansão do Direito legislativo foi estendida, no Estado da modernidade, a muitos lugares antes ignorados pela lei, fato que acarretou e ainda acarreta a paralela expansão do Direito judiciário. Entretanto, subentende-se a negação da clara antítese entre interpretação judiciária da lei e criatividade dos juizes. Desse modo, encontra-se implícito “o reconhecimento de que na interpretação judiciária do direito legislativo está insito certo grau de criatividade”. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 20/23.

³³³ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 21.

³³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 497. Neste mesmo sentido, leciona Nelson Nery Jr. que “fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação substancial e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as

necessidade da motivação das decisões mostra-se evidente para a ideia de garantia de proteção judicial efetiva, principalmente pelo fato de que possibilita eventual impugnação, passando por um processo de controle pela motivação³³⁵.

A fundamentação da decisão é condição imperiosa para que haja manifesta validade da decisão tomada pelo magistrado, estando esta estritamente ligada ao princípio democrático e à exigência de uma aplicação igualitária do direito. A razão precípua dessa necessidade de fundamentação reside justamente no fato de esta ser capaz de revelar os aspectos norteadores que levaram a decisão para determinado sentido e, com isso considerar o magistrado como membro de um Estado compromissado. Somente assim é que se atingirá a blindagem antipositivista³³⁶.

Como leciona Streck:

Os juízes têm a obrigação de justificar suas decisões, porque, com elas, afetam os direitos fundamentais e sociais, além da relevante circunstância de que, no Estado Democrático de Direito, a adequada justificação da decisão constitui um direito fundamental. Daí a necessidade de ultrapassar o “modopositivista- de-fundamentar” as decisões (perceptível no cotidiano das práticas dos tribunais, do mais baixo ao mais alto); é necessário justificar – e isso ocorre no plano da aplicação – detalhadamente o que está sendo decidido. Portanto, jamais uma decisão pode ser do tipo “Defiro, com base na lei x ou na súmula y”³³⁷.

questões postas a seu julgamento”. In NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 286.

³³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 497.

³³⁶ Os juristas positivistas acreditavam que, ao condensar as decisões em verbetes, conseguiriam abarcar a realidade a partir de conceitos. Por isso não precisariam fundamentar as suas decisões, pois estas se auto justificariam, desde que aplicado o verbe. A necessidade de fundamentação imposta pela CF/88 cria um impedimento para que se aplique o direito sem que se analise o caso concreto, obrigando o julgador a observar as circunstâncias que o levaram a aplicar ou não dada solução a determinado caso concreto posto *sub judice*. STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas, vaguezas e ambiguidades: necessitamos de uma “teoria geral dos precedentes?”* in Direitos Fundamentais & Justiça. Revista do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS. Porto Alegre, ano 2, nº 5, p. 162/185, out/dez 2008.

³³⁷ Alerta ainda Lenio Streck que o uso massivo de embargos declaratórios também denuncia o caos que passa a decisão judicial: “Veja-se que um dos indicadores da prevalência das posturas positivistas – e que denuncia a discricionariedade judicial que lhe é inerente – está no escandaloso número de embargos de declaração propostos diariamente no Brasil. Ora, uma decisão bem

Neste desiderato, o ponto fulcral do problema da fundamentação das decisões com a utilização de princípios cunhados *ad hoc* reside na discricionariedade do decisor, na possibilidade que lhe é conferida de decidir de acordo com sua subjetividade e, com isso, ferir a democracia. A exigência da fundamentação realizada de forma coerente não garante o acerto da decisão judicial, entretanto, contribui para que as decisões judiciais sejam elaboradas segundo pautas de racionalidade formal³³⁸.

Daniel Souza Sarmiento enfatiza que devido à euforia na fundamentação principiológica os juízes passaram a negligenciar nos seu dever de fundamentar seus julgamentos, fazendo que, com isso, aflore o decisionismo judicial. O Autor assevera que:

E a outra face da moeda é o lado do decisionismo e do "oba-oba". Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça -, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta "euforia" com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras "varinhas de condão": com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser. Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiosincrasias do juiz de plantão, e prejudicando

fundamentada/justificada (nos termos de uma resposta correta-adequada-à-Constituição, a partir da exigência da máxima justificação, ou seja, há que fundamentar a fundamentação) não poderia demandar esclarecimentos acerca da holding ou do dictum da decisão. Os embargos de declaração – e acrescente-se, aqui, o absurdo representado pelos “embargos de pré-questionamento” (sic) – demonstram a irracionalidade positivista do sistema jurídico. Como é possível que se considere normal a não fundamentação de uma decisão, a ponto de se admitir, cotidianamente, milhares de embargos?”. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito*. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), janeiro-junho 2009. Unisinos: 2009, p. 65/77.

³³⁸ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Teoría de los derechos fundamentales y transformaciones del sistema constitucional*. Revista da Faculdade de Direito da Fundação do Ministério Público, no. 2, 2008, p. 43/61.

com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico.³³⁹

Neste mesmo desiderato Ronald Dworkin, considera o ativismo judicial algo nocivo³⁴⁰ por representar a primazia das concepções subjetivas de justiça e de bem do próprio julgador:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima³⁴¹.

³³⁹ SARMENTO, Daniel Souza. (Org.) *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007, p.14.

³⁴⁰ Importante mencionar que algumas doutrinas entendem que o ativismo não é nocivo, e que o Poder Judicial possui legitimidade para invalidar decisões do Legislativo e do Judiciário. Nesse sentido em Luis Roberto Barroso, que assevera que: “A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e 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”. BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. In: [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.23-32. Igualmente em Hélder Fábio Cabral Barbosa assevera que: “Pensadores do direito podem se mostrar contrários ao ativismo judicial, sob a alegação de que um acréscimo de poder ao judiciário seria um desvio de finalidade, desvio do fim do judiciário, entretanto inexiste tal afirmação, uma vez que os juízes estariam apenas aplicando o direito, os direitos fundamentais em especial, direitos estes que gozam de autoexecutoriedade”. BARBOSA, Hélder Fábio Cabral. *A efetivação e o custo dos direitos sociais: A falácia da Reserva do possível*. In Estudos de direito constitucional. Fernando Gomes de Andrade (Org.). Recife: Edupe, 2011, p. 151. Para Fernando Gomes de Andrade, também de forma favorável ao Ativismo Judicial, destaca que: “Cremos ser o Judiciário competente para controlar a legalidade de todo e qualquer ato emanado pelo poder público, seja vinculado ou discricionário, e ademais, o controle político condizente com a conveniência e oportunidade – típicos do administrador – deve de igual modo ter sua contingência também controlada pelo Judiciário numa interpretação não mais lógico-formal de suas atribuições, mas em sentido material-valorativo, ao verificar se a medida coaduna-se com os princípios consagrados na Constituição”. ANDRADE, Fernando Gomes. *Considerações iniciais acerca do controle judicial concernente a concretização dos direitos fundamentais sociais prestacionais contidos na CF/88 – uma análise crítica da atuação do STJ e STF*. In Constitucionalismo, Tributação e direitos humanos. SCAFF, Fernando Facury (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 322.

³⁴¹ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 451.

E o ativismo judicial vem sendo verificado nas decisões pátrias, quando ausente ou mesmo deficitária a fundamentação, nos moldes constitucionalmente determinados³⁴². É o que se observa em decisões proferidas no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que se valem das seguintes fundamentações: “[...] sendo assim, para evitar tautologia, adoto as razões de decidir os fundamentos do despacho que concedeu o pedido liminar [...]”³⁴³, ou ainda quando a fundamentação refere-se exclusivamente a outro acórdão proferido, expressando-se com o seguinte dizer: “[...] Nestes termos, tendo em vista a jurisprudência dominante do TJRS, indefiro o pedido de Assistência Judiciária Gratuita, nos termos acima referidos, não

³⁴² Recentemente o jurista Lenio Streck se manifestou que os próprios textos legais dão azo a esse tipo de postura ao possibilitar o “livre convencimento do juiz”, a “livre apreciação da prova”, *in verbis*: “Os próprios textos legais, quando dão azo ao livre convencimento, livre apreciação da prova, ponderação de valores, interesses, etc, são claros incentivos a essas práticas que, de judicialização pouco tem, mas tem muito de ativismo. Neste ponto, falha a doutrina ao não criticar adequadamente estes “incentivos legislativos ao ativismo”. Numa palavra, quando um magistrado diz que julga “conforme sua consciência” ou julga “conforme o justo” ou “primeiro decide e depois vai encontrar um fundamento” ou ainda “julga conforme os clamores da sociedade”, é porque está repetindo algo enraizado no imaginário jurídico. Basta examinarmos a jurisprudência de turmas, câmaras ou tribunais como um todo: por vezes se apela à clareza da lei [...] em outras, no mesmo dia, diz-se que a lei é só a ponta do iceberg, “essa lei é injusta”, “os fatos sociais foram adiante da lei”, “o contexto social fala mais alto” ou, ainda, simplesmente, lança-se mão de princípios fofos-líquidos-ducteis para justificar a tal primazia desse(s) princípio(s) sobre uma regra jurídica votada pelo Parlamento. [...] Daí a pergunta que deve ser respondida: O Direito, ao fim e ao cabo, é o que dele se diz por aí ou, melhor, ele é o que o judiciário diz que ele é? Mas se isso é assim, se já se “naturalizou” essa concepção, porque continuamos a estudar ou escrever sobre o Direito? Não seria melhor deixar que ‘quem decide é quem sabe?’” STRECK, Lenio Luiz. *O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo? In Senso Incomum*, CONJUR. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo>>. Acesso em: 07 jan 16.

³⁴³ É o que pode ser observado já na ementa da Revisão Criminal nº 70054508031: “APELAÇÃO-CRIME. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. FORMAÇÃO DE QUADRILHA PARA O FIM DE COMETER ROUBOS. LAVAGEM DE VALORES (DOIS FATOS) E DISSIMULAÇÃO DA DISPOSIÇÃO E DA PROPRIEDADE DE BEM. ARTIGOS 12 E 14 DA LEI N.º 6.368/76, 288 DO CÓDIGO PENAL E 1º DA LEI N.º 9.613/98. ABSOLVIÇÃO DECLARADA EM PRIMEIRO GRAU. APELO MINISTERIAL VISANDO A CONDENAÇÃO DE CINCO DENUNCIADOS. PRELIMINARES REITERADAS PELAS DEFESAS EM SUAS CONTRARAZÕES. Quanto às preliminares reiteradas pelas defesas na ocasião em que ofertaram contrarrazões ao recurso ministerial, adoto como razões de decidir a argumentação ventilada pelo magistrado sentenciante, tendo em vista que adequadamente as elidiu, bem como para evitar desnecessária tautologia: NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS: [...] REVISÃO CRIMINAL IMPROCEDENTE. UNÂNIME. (Revisão Criminal Nº 70054508031, Primeiro Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio de Oliveira Canosa, Julgado em 06/06/2014)” (grifamos). Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%C3%A7a+do+RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70054508031&num_processo=70054508031&codEmenta=5811543&temIntTeor=true>. Acesso em: 30 dez 15.

merecendo conhecimento a apelação do autor, por ausência de preparo [...]”³⁴⁴; ou ainda quando nega seguimento nos seguintes termos: “[...] Com fundamento no art. 557, caput, do CPC, com a redação dada pela Lei nº 9.756/98, nego seguimento ao agravo, porque manifestamente improcedente. [...]”³⁴⁵.

Do mesmo modo não se pode negar que os princípios passaram a ser utilizados nos tribunais pátrios como uma substituição das regras jurídicas, demonstrando a incompreensão sobre o papel de cada uma das espécies normativas, aqui já referida no problema da cisão estrutural do conceito de regra e

³⁴⁴ Conforme consta na fundamentação da Apelação Cível Nº 70037467834, proferida pela Décima Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS, de Relatoria da Desa. Lúcia de Castro Boller, cujo voto foi proferido nos seguintes termos: “Aprecio, conjuntamente, as apelações. Inicialmente, o benefício da Assistência Judiciária Gratuita pode ser concedida à pessoa jurídica, em caráter excepcional, desde que haja prova de sua necessidade, o que não restou demonstrado no caso dos autos, não merecendo acolhimento o pedido do autor, formulado em sede de apelação. Neste sentido: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. AJG. PESSOA JURÍDICA. INDEFERIMENTO. O benefício da gratuidade é dirigido à pessoa física, podendo ser estendido a pessoa jurídica em casos excepcionais, desde que haja prova robusta da necessidade alegada, hipótese que não se verifica no presente. NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO.” (Agravado de Instrumento Nº 70016422628, Segunda Câmara Especial Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sergio Luiz Grassi Beck, Julgado em 10/08/2006) “AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AJG. MICROEMPRESA. INDEFERIMENTO. O benefício da gratuidade da justiça e da assistência judiciária gratuita é dirigido às pessoas físicas. Sua concessão pode ser estendida à pessoa jurídica que se enquadre como microempresa desde que haja prova robusta da necessidade alegada. No caso dos autos, não fica comprovada de maneira robusta a alegada necessidade, razão pela qual deve ser indeferido o pedido. Decisão monocrática negando seguimento ao recurso.” (Agravado de Instrumento Nº 70015956139, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira, Julgado em 11/07/2006) Nestes termos, tendo em vista a jurisprudência dominante do TJRS, indefiro o pedido de Assistência Judiciária Gratuita, nos termos acima referidos, não merecendo conhecimento a apelação do autor, por ausência de preparo.” (grifamos). Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70037467834&num_processo=70037467834&codEmenta=3689400&temIntTeor=true>. Acesso em: 30 dez 15.

³⁴⁵ É o que se extrai da ementa: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMPETÊNCIA. DECLINAÇÃO DE OFÍCIO. AÇÃO PROPOSTA CONTRA CONSUMIDOR. POSSIBILIDADE. A norma prevista no art. 101 do CDC propõe-se a garantir a plena defesa dos direitos do consumidor em juízo, de modo que possível a declinação de competência territorial de ofício, quando vier ao encontro ao fim ao qual se propõe. Agravado de instrumento a que se nega seguimento, porque manifestamente improcedente (art. 557, caput, do CPC). (Agravado de Instrumento Nº 70067631135, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Voltaire de Lima Moraes, Julgado em 07/12/2015)”. (grifamos). Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70067631135&num_processo=70067631135&codEmenta=6591617&temIntTeor=true>. Acesso em: 30 dez 15.

princípio. Corriqueiramente se encontra na jurisprudência brasileira³⁴⁶ a utilização de “princípios” como fonte justificadora do processo hermenêutico desenvolvido pelo jurista.

Apenas para ilustrar, embora o art. 20 do Código de Processo Civil³⁴⁷ estabeleça a regra da atribuição pelo pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios a parte vencida, os Tribunais pátrios fundamentam suas decisões com a utilização dos “princípios” da sucumbência, da derrota, da moderação ou da causalidade, todos com efeito retórico, a fim de justificar a condenação nas verbas sucumbenciais. É o que se verifica na fundamentação: “[...] Quanto à sucumbência, não há como eximir a apelante da condenação nas custas e

³⁴⁶ Não só a jurisprudência está eivada da utilização de princípios como capas de sentido. Em recente concurso público para ingresso na carreira da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (XXIII concurso, em janeiro do ano de 2010), os candidatos foram perquiridos na prova escrita da seguinte forma: “12. Questão: Um indivíduo hipossuficiente, interessado em participar da prática de modificação extrema do corpo (*body modification extreme*), decidiu se submeter a cirurgias modificadoras, a fim de deixar seu rosto com a aparência de um lagarto. Para tanto, pretende enxertar pequenas e médias bolas de silicone acima das sobrancelhas e nas bochechas, e, após essas operações, tatuar integralmente sua face de forma a parecer a pele do anfíbio. Frustrado, após passar por alguns hospitais públicos, onde houve recusa na realização das mencionadas operações, o indivíduo decidiu procurar a Defensoria Pública para assisti-lo em sua pretensão. Pergunta-se: você, como Defensor Público, entende ser viável a pretensão? Fundamente a resposta. (7,0 pontos)”, sendo que recebeu nota máxima o candidato que respondeu que o defensor público deveria ajuizar a ação, porque o hipossuficiente tem o direito à felicidade (princípio da felicidade). É o que noticiou Lenio Streck em seu texto intitulado “*O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto*” na coluna do Senso Incomum, do jornal eletrônico Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>>. Acesso em: 29 dez 15.

³⁴⁷ Determinava artigo 20 do CPC, na redação dada pela Lei nº 6.355 de 1976, vigente à época das decisões aqui versadas: “Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria. [...] § 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos: a) o grau de zelo do profissional; b) o lugar de prestação do serviço; c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. § 4. Nas causas de pequeno valor e nas de valor inestimável, bem como naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, os honorários serão fixados consoante apreciarão equitativa do juiz atendidas as normas das letras a a c do parágrafo anterior. [...]”. Com a nova redação da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, foi renumerado para o artigo 85, *in verbis*: “Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor. § 1º São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente. § 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos: I - o grau de zelo do profissional; II - o lugar de prestação do serviço; III - a natureza e a importância da causa; IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. [...] § 8º Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º. [...]”.

honorários advocatícios. Os ônus da sucumbência decorrem da disposição do artigo 20 do Código de Processo Civil, que dispõe acerca do denominado princípio da derrota. Procedente o pedido, o réu vencido terá de arcar com os ônus da sucumbência. [...]” (grifamos)³⁴⁸.

Igualmente na seguinte fundamentação:

[...] no caso concreto, quem deu causa à ação foi a própria requerente, que, sem justificativa, preferiu o ajuizamento da cautelar a tentar aguardar prazo razoável para o atendimento do pleito, considerando que ajuizou a presente demanda nove dias após o recebimento pela requerida da notificação administrativa. Não há dúvida, portanto, que deve arcar com os ônus da sucumbência, vez que poderia ter evitado o ajuizamento da exhibitória, caso tivesse aguardado a resposta da parte requerida. Diante do princípio da causalidade, deve a requerente arcar com o pagamento das custas processuais, conforme determinado na sentença recorrida. [...]. (grifamos)³⁴⁹

Do mesmo modo observa-se o uso do “princípio” da confiança no juiz da causa, onde a decisão foi assim fundamentada:

[...] Dessa forma, não havendo prova robusta quanto ao pagamento do montante representado na nota promissória protestada, a tese suscitada no recurso de apelação não pode ser acolhida. Necessário destacar, ainda, que em casos como o presente, em que houve a realização de audiência de conciliação e de instrução e julgamento, inclusive com a colheita de prova testemunhal, deve-se atentar para o princípio da confiança no juiz da causa. Por certo que determinados casos exigem a aplicabilidade do princípio da confiança no juiz da causa que, na qualidade de responsável direto pela condução do processo e por estar próximo aos fatos e às pessoas envolvidas, possui melhores condições de avaliar a

³⁴⁸ Apelação Cível Nº 70038833422, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Rafael dos Santos Júnior, Julgado em 07/12/2010.

³⁴⁹ Apelação Cível Nº 70039474499, Primeira Câmara Especial Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ivan Balson Araújo, Julgado em 01/04/2011.

Disponível

em:

<<http://tjsc6.tj.sc.gov.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000AMG00000&nuSeqProcessoMv=55&tipoDocumento=D&nuDocumento=3190113>>. Acesso em: 11 abr 15.

produção da prova no decorrer da instrução processual. [...] (grifamos)³⁵⁰.

Diante disto percebe-se a utilização dos princípios jurídicos como premissa maior para o caso concreto, cuja conclusão não é possível deduzir-se racionalmente sem uma detalhada explicitação dos caminhos desenvolvidos pelo julgador. Instalou-se no cenário jurídico brasileiro o que Streck já denunciava como “uma corrupção da atividade interpretativa, cujo resultado é uma cultura standartizada, reprodutiva e manualizada, no interior da qual o Direito não é mais pensado em seu acontecer”³⁵¹.

Segundo o Streck há uma colonização do mundo jurídico frente à ausência de uma reflexão crítica, e a objetificação do processo interpretativo:

Nesse imaginário de crise, uma das conseqüências é que a doutrina não mais doutrina, sendo, na verdade, doutrinada pelos tribunais. As decisões, transformadas em resumos prôt-à porters, servem para o balizamento da doutrina produzida pelos manuais. Não é demais referir, neste contexto, que as críticas dirigidas ao ensino jurídico e a operacionalidade do Direito, feitas há mais de vinte anos, continuam atuais. Considerável parcela das decisões judiciais continuam a fundamentar-se em verbetes jurisprudenciais, retirados de manuais jurídicos e citados de forma descontextualizada, obstaculizando o aparecer da singularidade dos casos. É o que se denomina, a partir da filosofia hermenêutica, de objetificação do processo interpretativo, onde o verbe (doutrinário ou jurisprudencial) serve como “categoria” para o operador elaborar “deduções” ou “subsunções”, circunstância que faz do intérprete – sem que disto ele se dê conta – um refém da metafísica³⁵².

Importante salientar que a colonização do mundo jurídico aludida pelo autor encontra guarida no novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/15. Embora o novo código traga inúmeras alterações positivas no tocante à fundamentação das

³⁵⁰ TJSC. Apelação Cível n. 2007.052136-1, de Capital. Relator: Cláudio Valdyr Helfenstein. Juiz Prolator: Saul Steil. Órgão Julgador: Quinta Câmara de Direito Comercial. Data: 31/03/2011.

³⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil*. In *Novos Estudos Jurídicos - Volume 8 - Nº 2 - p. 257/301*, maio/ago. 2003.

³⁵² STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil*. In *Novos Estudos Jurídicos - Volume 8 - Nº 2 - p. 257/301*, maio/ago. 2003.

decisões jurídicas, esbarra em outros artigos que albergam teses que propiciam a abertura decisionista.

Segundo Lenio Streck e Lúcio Delfino, o novo CPC não foge a tradição da colonização do mundo jurídico quando estabelece que o “juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico” e que “só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”³⁵³, ou ainda, ao tratar dos procedimentos de jurisdição voluntária, determina que o “juiz não é obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna”³⁵⁴. Nas palavras dos autores, na redação dos artigos 140, parágrafo único e artigo 723, parágrafo único do novo CPC é manifesta a abertura decisionista, traduzida na licença para que se criem exceções à legalidade e, também, a autorização expressa para que o juiz se afaste dela:

[...] À evidência, isso leva a fomentação de jurídico de decisionismos, concentrando o ideal de justiça no subjetivismo do julgador e não nas leis democraticamente elaboradas pelos representantes do povo. Em boa medida, aliás, é possível constatar, mais e mais, dia a dia, as consequências de uma prática apegada a tal pensamento libertário, vale dizer, uma forma de refletir e praticar o direito caracterizada pelo desapego a compromissos com a legalidade. É perceptível na realidade forense uma prática judiciária que corrói dia a dia a legalidade, o que é verificável, por exemplo, em decisões judiciais: i) oriundas de um ativismo judicial muitas vezes desregrado que politiza e corrói o Judiciário; ii) proferidas em atentado às legislações processual e/ou material sem que haja justificativa para tanto, a não ser a vontade do juiz; iii) fruto exclusivo do que os magistrados entendem como justiça, com base em critérios de conveniência, cujas premissas jurídicas são buscadas só depois que a solução é intuída; iv) fundadas em princípios constitucionais que desconsideram regras infraconstitucionais hábeis para a solução fácil das questões postas em juízo, ausente qualquer motivação analítica que demonstre aos jurisdicionados a incompatibilidade entre a regra positivada e a Constituição (controle difuso de constitucionalidade); v) sedimentadas em pseudoprincípios, carentes de normatividade, dotados de papel retórico e retificativo, elaborados acriticamente pela dogmática (pamprincipiologismo ou caos principiológico); vi) adulteradoras dos limites hermenêuticos dos enunciados normativos,

³⁵³ Redação do artigo 140 do NCPC: “Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.”

³⁵⁴ Redação do artigo 723 do NCPC: “Art. 723. O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias. Parágrafo único. O juiz não é obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna.”

inclusive aqueles de calibre constitucional. [...] E mais: o sistema processual brasileiro, ao autorizar, mesmo que excepcionalmente, a jurisdição por equidade, torna-se de certa maneira autofágico e passa a nutrir-se à custa de sua própria substância. Decisões proferidas sem apoio normativo, desapegadas a construções legítimas nascidas do devido processo legislativo, não só atentam contra o princípio da legalidade, como também, e por consequência, consomem alguns dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, a exemplo da segurança jurídica. É o Estado Democrático de Direito canibalizando-se. Quem perde com essa libertinagem normativa são sempre os brasileiros, a cada dia mais sufocados por uma atmosfera jurisprudencial esquizofrênica, com teses para todos os gostos, cuja característica manifesta é a imprevisibilidade³⁵⁵

Neste mesmo sentido Jorge W. Peyrano alerta que o novo CPC cuida muito mais de determinar ao juiz deveres funcionais, e que *“son varias las características propias de activismo procesal, la principal es la confianza em los jueces y el trascendente protagonismo [...] El artículo 139 del P.E.C es un muestrario de atribuciones judiciales propias de um juez activista: aseguroamiento de la prestación judicial efectiva dentro de um plazo razonable, flerte reacción ante conductas procesales maliciosas, procurar una igualdad procesal razonable”*³⁵⁶.

Ainda, na mesma linha do raciocínio aqui defendido, de que houve a errônea recepção da teoria da ponderação alexyana em solo pátrio, que acabou por albergar a possibilidade de sejam possíveis vários resultados que nem sempre serão aqueles que apontam para a concretização de direitos, está à inclusão da ponderação no § 2º do artigo 489³⁵⁷. Alertando sobre a inconstitucionalidade do referido artigo, cuja nítida lesão ao princípio da segurança jurídica se extrai, bem como frisando que “a ponderação no NCPC está quilômetros-luz do que propõe Alexy”, Streck adverte: [...] preparemo-nos para o risco da institucionalização do amplo poder discricionário, que vai na contramão do artigo 93, X, da CF e do

³⁵⁵. STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio. *Novo CPC e decisão por equidade: a canibalização do Direito*. In: CONJUR. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-29/cpc-decisao-equidade-canabalizacao-direito>>. Acesso em: 07 jan. 16.

³⁵⁶ PEYRANO, Jorge W. *Sobre el proyecto en curso de reformas al Código Procesal Civil de Brasil*. In: RIBEIRO, Darci; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Desvendando no novo CPC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 112.

³⁵⁷ Redação do artigo 489, § 2º do NCPC: “Art. 489. [...] § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.

dispositivo que determina que a jurisprudência seja estável, coerente e íntegra (art. 926) e daquele que diz que as partes não podem ser surpreendidas (art. 10), e que só poderá ser corrigido pelo respeito ao processo constitucional”³⁵⁸.

Noutro norte, importante referir que inovações positivas foram inseridas do novo Código de Processo Civil, em especial os artigos 1º ao 12º (que determinam as normas fundamentais do processo civil³⁵⁹), bem como as elencadas no artigo 489, § 1º (que incluem diretrizes ao elemento essencial de fundamentação da sentença³⁶⁰). Tais artigos podem ser traduzidos na textualização do respeito à dignidade da pessoa humana, por elencarem como diretrizes a serem seguidas pelo magistrado a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência, como forma de atender às exigências do bem comum e fins sociais³⁶¹.

De acordo com José Rogério Cruz e Tucci, é inegável a evolução do diploma em vigor, sendo que os dispositivos legais “acerca do dever de motivar, inseridos no novel CPC, reforçam a ideia de que a moderna concepção de ‘processo justo’ não compadece qualquer resquício de discricionariedade judicial, até porque, longe de ser simplesmente *‘la bouche de la loi’*, o juiz proativo de época moderna deve estar comprometido e zelar, tanto quanto possível, pela observância,

³⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. *A inconstitucionalidade da ponderação de normas no NCPD*. In: RIBEIRO, Darci; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Desvendando no novo CPC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 145.

³⁵⁹ De acordo com Marco Félix Jobim e Elaine Harzheim Macedo, “O novo Código de Processo Civil brasileiro inicia no título do capítulo I a elencar que disciplina a partir dos primeiros artigos a normatividade fundamental do Direito Processual, razão pela qual se chega ao pensamento de que não necessariamente há somente princípios elencados entre os artigos 1º e 12, mas também há regras a serem observadas [...] de postulados normativos [...] como norte do julgador.” In: RIBEIRO, Darci; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Desvendando no novo CPC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 53.

³⁶⁰ Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

³⁶¹ JOBIM, Marco Félix; MACEDO, Elaine Harzheim. *Das normas fundamentais do processo e o novo Código de Processo Civil brasileiro: repetições e inovações*. In: RIBEIRO, Darci; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Desvendando no novo CPC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 55.

assegurada aos litigantes, da garantia do devido processo legal.”³⁶². Ao ver do autor a publicidade e o dever de motivação das decisões judiciais inseridos no novo código inserem-se na esfera dos direitos fundamentais e servem de instrumento de controle da atividade dos órgãos jurisdicionais.

Em suma, o legislador do novo CPC na medida em que procurou ser mais incisivo ao determinar requisitos para o dever de bem fundamentar as decisões (artigo 489, § 1º), também acabou por acolher a ponderação (artigo 489, § 2º), o que, como já referido, pode ser traduzido numa postura mais decisionista do magistrado, inclusive pela ampla atribuição de sentido aos princípios jurídicos pela teoria alexyana. Isso porque, naquilo que os princípios jurídicos procuraram inovar na compreensão do direito, acabaram por reproduzir uma ótica subjetivista e individualista, típico do modelo de aplicação das regras, colocando, no final das contas, o seu sentido normativo na consciência do julgador como sujeito da razão. Todavia, o conhecimento jurídico não pode ser produto de apenas um intelecto, do julgador, e aquilo que este entende sobre o mundo, mas requer uma publicização do sentido, como forma intersubjetiva de controle das normas jurídicas.

Daí, porque necessário trazer à tona o debate sobre a forma de aplicação dos princípios jurídicos pelo direito brasileiro, pois, na grande maioria das vezes, eles são utilizados sem que haja um comprometimento do intérprete em explicitar a conexão existente entre o caso concreto e o princípio apresentado, bem como demonstrando-se a congruência da solução principiológica com a tradição jurídica democrática.

Nesse contexto, o sistema jurídico ideal deve ser aquele erigido levando em conta uma distribuição equilibrada entre regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica, pois expõem os casos de previsibilidade e objetividade das condutas, enquanto os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça ao caso concreto. Esse é o horizonte a ser alcançado para a recuperação da autonomia do direito, cuja crise

³⁶² TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias constitucionais da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões no novo CPC*. In: RIBEIRO, Darci; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Desvendando no novo CPC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 137.

deve ser superada através da Hermenêutica. Através da hermenêutica é que serão possíveis as transformações do papel do juiz, mediante a limitação de suas possibilidades interpretativas através dos princípios, como forma de resguardar a autonomia do direito, assunto do próximo capítulo.

4 A RECUPERAÇÃO DA AUTONOMIA DO DIREITO

Buscando contextualizar um debate contemporâneo sobre o problema do ativismo judicial brasileiro, na tentativa de empreender um estudo que possibilite a análise de prováveis respostas ao problema do protagonismo judicial e da urgência de uma teoria judicial que esteja adequada a fornecer respostas corretas no vigente Estado Democrático de Direito, no capítulo anterior foram abordados os elementos que propulsionam o ativismo judicial arbitrário: a indefinição do conceito de princípio, a problemática da distinção estrutural entre regra e princípio e a consequente profusão de princípios. Todos esses elementos, além de proporcionarem uma atuação ativista do magistrado, servem como pano de fundo para a análise do problema proposto à estudo na presente tese: qual o papel do juiz no Estado Democrático de Direito, pode o magistrado ter uma postura mais ativista sem que ponha em risco o Estado Democrático de Direito? Ou seja, a pesquisa visa a estudar quais os limites de atuação do Poder Judiciário na criação do direito através dos princípios jurídicos, como forma de auferir se há ou não uma invasão deste Poder no espaço político.

Como forma de vencer o tema proposto, no capítulo 2, como já referido, abordou-se a análise dos argumentos de princípio como pano de fundo para o aludido protagonismo judicial, com a finalidade de verificar quais as razões que fomentam a utilização dos princípios nas decisões judiciais como capas de sentido.

Observou-se que não há uma definição clara do conceito de princípio na doutrina utilizada nos bancos acadêmicos, ou mesmo na literatura privilegiada nas decisões proferidas. Existe na doutrina várias conjecturas sobre o conceito de princípio jurídico, ao ponto de ser possível afirmar que “há tanta divergência quanto ao significado dos princípios que pode-se afirmar que existem tantas definições de princípios quantos são os autores que sobre eles escrevem”³⁶³.

Resultado disso é a objetificação do processo interpretativo³⁶⁴, onde os princípios passaram carregar conceitualizações que acabaram por transformá-los regras ou proto-regras³⁶⁵. Ou seja, a indefinição do conceito de princípio atua como pano de fundo para decisionismos: permeia no cenário jurídico brasileiro uma incompreensão radical dos pontos determinantes para a delimitação do conceito de princípio. Embora boa parte da doutrina jurídica brasileira objective delimitar o conceito de princípio, ainda não há unanimidade quanto à definição do que realmente seja um princípio, ou mesmo consenso quanto ao esclarecimento dos diversos significados e usos dos inúmeros princípios.

Observou-se, também, que além de não haver uma conceituação segura do que sejam princípios, muito menos há uma distinção destes das regras, cenário instaurado pela recepção da teoria da ponderação de Robert Alexy, cujo trabalho foi estudado mediante o embate com a teoria de Ronald Dworkin. Em Alexy³⁶⁶ tanto as regras como os princípios são normas. Entretanto, os princípios são caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em graus diferentes (cuja aplicação se dá mediante ponderação dos interesses opostos: quando algo é permitido por um princípio e proibido por outro, uma das normas tem de ceder em face da outra, pois ambas são válidas e integrantes do ordenamento jurídico). Já Ronald Dworkin³⁶⁷, de forma totalmente diversa, enuncia a aplicação dos princípios de forma intercruzada,

³⁶³ GUASTINI, Riccardo. *Teoria e dogmatica delle fonti*. Milano Giuffrè, 1998, pág. 276.

³⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil*. In Novos Estudos Jurídicos - Volume 8 - Nº 2 - p.257/301, maio/ago. 2003.

³⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 174.

³⁶⁶ ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

³⁶⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes. 2011, p. 57.

combinando critérios de peso e importância destes. Dworkin não vê uma relação de oposição entre regras e princípios, aliás para ele as regras não subsistem sozinhas, por de traz de cada uma subsiste um princípio que confere integridade ao sistema e, com isso, nenhum princípio deixa de ter importância ao ponto de ser excluído da fundamentação de uma decisão.

Através da análise das duas teorias supra referidas observou-se que a recepção pela doutrina pátria de teoria alexyana resultou na problemática da distinção estrutural regra-princípio: ao se fazer uma distinção estrutural entre regra-princípio no âmbito semântico, sempre serão possíveis vários resultados, que nem sempre serão aqueles que apontam para a concretização de direitos, pois a utilização de um mesmo princípio pode proporcionar resultados absolutamente distintos para casos similares. Verificou-se também, que há algo não problematizado nessa distinção estrutural que é o sujeito solipsista da modernidade, na medida em que a concretização dos direitos efetuada a partir da distinção estrutural fica entregue ao protagonismo dos Tribunais e dos juízes.

Esses fatores (indefinição do conceito de princípio e indistinção destes das regras) acarretam a multiplicidade de usos dos princípios, a criação sem medida de princípios e a possibilidade de abertura hermenêutica da decisão judicial. As decisões emanadas pelo Poder Judiciário vêm sendo valoradas como fonte criativa do direito: o Poder Judiciário passou a exercer um papel predatório do espaço político, criando uma espécie de “direito legislado”. Nesse contexto, os argumentos de princípio, são utilizados de forma indiscriminada na fundamentação das decisões judiciais, ou seja, de modo maximizado e banalizado, configurando-se em um alargamento de função do Poder Judiciário, na medida em que acabam por legislar transmutando-se em regras.

Neste panorama, tal multiplicação do uso de princípios e mesmo a criação sem limites de princípios é objeto de preocupação por parte de doutrinadores como

Luigi Ferrajoli (bolha terminológica)³⁶⁸; Lenio Streck (pamprincipiologismo)³⁶⁹; Eros Grau (principlializado)³⁷⁰; Humberto Ávila (estado principiológico)³⁷¹; dentre outros³⁷².

Em todos advoga-se a ideia de que os princípios passaram a ser articulados dos mais diversos modos, como fatores majorativos e minorativos do poder discricionário do juiz no momento da decisão, albergando a ideia de que qualquer tese possa ser acolhida por um princípio adjetivador. Os princípios no contexto atual assumiram a função de *para-regras*, absorvendo a ideia de que com eles toda resposta pode ser a correta³⁷³, pois os enunciados principiológicos são criados partindo de um grau de significado zero para o significado que o protagonista judicial almeja para o caso concreto.

E essa postura ativista arbitrária adotada pelo magistrado quando utiliza os princípios como álibi para sua decisão fere autonomia do direito, bem como fere a lei democraticamente aprovada que perderá espaço para o que o juiz entenda da lei. Isso porque, invocar um princípio na argumentação jurídica é importante e necessário para que o Direito possa ser produzido de forma democrática e coerente.

Na medida em que a adequada justificação da decisão constitui um direito fundamental, também se verificou no capítulo anterior que as decisões proferidas em solo pátrio acabam por ferir a garantia. Conforme ilustrado no capítulo 2, as decisões, albergam a problemática da criação de enunciados a partir de um marco

³⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 47.

³⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 475.

³⁷⁰ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. 2006, p. 49.

³⁷¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed., 2005, p. 15, e ÁVILA, Humberto. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. In: Revista Diálogo Jurídico Ano I. vol. I. n.º. 4. Julho de 2001. Salvador: Bahia, 2001, p. 5/6.

³⁷² OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. HOMMERDING, Adalberto Narciso e MOTTA, Francisco José Borges. *Princípios e Regras: um problema epistemológico ou hermenêutico*. In Anais do III Congresso de Direito, Multiculturalismo e Cidadania – I Encontro Regional de Antropologia e Direito. Santo Ângelo: FURI, 2009, p. 12.

³⁷³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 493.

zero de sentido, como ocorre com a criação de princípios *ad hoc*, alberga a ideia de que o magistrado pode se afastar sem critérios para se lançar como protagonista de forma arbitrária e discricionária.

Nesse desiderato, exsurge a necessidade de ultrapassar o modo positivista de fundamentar impondo-se a necessidade de justificar detalhadamente o que está sendo decidido, ou seja “a justificativa (a fundamentação da fundamentação, se assim se quiser dizer) é condição de possibilidade da legitimidade da decisão”³⁷⁴.

De tudo até então analisado fica a ideia que os princípios devem assumir o espaço de controle das decisões judiciais, ao contrário do uso contemporâneo e das consequências advindas de uso indiscriminado. Na medida em que não há mais espaço para que a convicção pessoal do juiz escancarada no uso das teses principiológicas, podemos inferir que os princípios tem o papel de resguardar a autonomia do direito na medida em que inserem a moral plasmada na comunidade no seio do Direito.

Essas conjecturas serão objeto de análise deste terceiro capítulo, que, no primeiro momento apontará para a superação da crise interpretativa³⁷⁵ com a hermenêutica. Como forma de demonstrar que a superação da crise do processo interpretativo propiciada pelos princípios jurídicos pode ser revelada com a

³⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito*. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), janeiro-junho 2009. Unisinos: 2009, p. 65/77.

³⁷⁵ Neste norte relevante a crítica apresentada por Alexandre Morais da Rosa; “[...] As decisões deixaram de dizer o caso. Elas são produzidas para serem vistas. O computador e a *internet* propiciaram uma vitrine para as decisões judiciais. Reproduzem-se como metâmeros. De um lado orquestradas pelos órgãos de cúpula e na lógica da Orquestra Judicial, espalharam-se como uma sinfonia única para todo o sistema. Há uma compulsão por admirar, copiar e legitimar quem nos conduz. E a moda jurídica atende a interesses não ditos muitas vezes obscenos. A lógica desta produção sem limites não é a de um melhoramento ou mesmo de um ultrapassado progresso. A lógica que preside esta situação é interna e de autoreprodução. As edições dos mesmos livros trazem na capa ‘atualizado até dia tal’ como se isto garantisse o atendimento das novas tendências ditadas pelas grandes Casas da Moda Judicial (STF e STJ)”. ROSA, Alexandre Morais da. *O hiato entre a hermenêutica filosófica e a decisão judicial*. In: *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. Ernildo Stein e Lenio Streck (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 129/130.

hermenêutica, em especial a hermenêutica filosófica³⁷⁶, a pesquisa aborda como base o trabalho de Hans-Georg Gadamer³⁷⁷, que aprimorou os estudos constantes na obra de Martin Heidegger³⁷⁸. Os estudos de Heidegger e de Gadamer giram em torno de um universo em que a reflexão hermenêutica está relacionada ao mundo da experiência, da pré-compreensão, do mundo em que nós somos e nos compreendemos como seres racionais a partir da estrutura prévia de sentido. Assim, é com base nessa estrutura prévia de sentido que somos capazes de compreender as coisas do mundo que nos cerca.

Já no item final do estudo aborda-se a crise das transformações do papel do juiz e as limitações de suas possibilidades interpretativas, para que se possa, ao

³⁷⁶ Consoante a doutrina de Fernández-Largo, “la propuesta gadameriana es un toque de atención em el pensamiento moderno para prestar más oídos a la realidad constitutiva de la cultura. El comprender es una actividad condicionada por las posibilidades de la razón humana y por la revelabilidad implicada em el interpretandum. Por ello, la nueva teoría pretende erigirse em una superciencia omniabarcante de todo saber, y si alcizar, em cambio, un análisis de lo que es el comprender peculiar de un existente finito y ilimitado, es decir, no más que ‘las condiciones necesarias bajo las que El mismo se encuentra.’ FERNÁNDEZ-LARGO, Antônio Osuna. *La hermenêutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*. Valladolid: Herald de Samora, 1992, p. 109. A propósito, a hermenêutica de Gadamer dialoga e se constitui com a modernidade, tendo como foco saber como a tradição poderia encontrar o caminho da realidade ao qual ela não é exterior. A conclusão a que o autor alemão chega é de que a hermenêutica filosófica tem como base as chamadas estruturas fundamentais e que constituem a compreensão, as quais se encontram interligadas entre si.

³⁷⁷ Em especial em GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método, Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.

³⁷⁸ Especialmente em HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Rio de Janeiro: Vozes, 1999. Nesta obra, ao tentar encontrar o sentido do ser, Martin Heidegger constata que o ser só pode ser delimitado a partir de seu sentido como ele mesmo. O sentido da compreensão do ser é o objetivo central de todo o pensamento de Heidegger. Nesta obra Heidegger trata especificamente da análise existencial, tendo como ponto central o conceito de Dasein, com o objetivo de fazer uma compreensão acerca do sentido do Dasein e do ser desse ente — Dasein. Ainda, resta informar que, a hermenêutica é o processo em que é possível a compreensão do Dasein, pois a compreensão não está relacionada à questão do reencontro com o outro, mas à situação do Dasein no mundo. A hermenêutica como dimensão da existência, antes de tudo, está voltada para o mundo do eu. É nesse sentido que Stein afirma que a compreensão constitui um elemento que integra o modo de ser-no-mundo, inserida na própria estrutura do ser humano. (STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996, p. 45). Heidegger, na tentativa de dissecar a essência do ser, contribui de forma decisiva para os novos rumos tomados pela hermenêutica contemporânea, uma vez que conduz à conclusão de que não há interpretações definitivas e exatas, e que toda interpretação deve ser analisada à luz do tempo em que foram concebidas e levando-se em consideração as possíveis pré-compreensões do intérprete. Revelando, ainda, que nós mesmos, ao lermos as interpretações de outros intérpretes, devemos ter em vista também as nossas pré-compreensões, o que irá resultar em uma nova possibilidade de interpretação. Assim sendo, a compreensão, em Heidegger, se desenrola em meio a um conjunto de relações já interpretadas, em um todo relacional, que se faz indissociável da experiência existencial do intérprete que nunca estará desvinculado de seu tempo e de sua condição sociocultural.

fim, verificar qual o papel dos princípios para resguardar a autonomia do direito. A abordagem acerca da necessidade de implantar um novo paradigma interpretativo para superação do positivismo, com o desenvolvimento de uma teoria voltada para o contexto brasileiro se justifica na medida em que, as teorias jurídicas tradicionais, e sobre as quais a dogmática jurídica brasileira está enraizada, foram moldadas de acordo com as necessidades da sociedade do século XIX, cujo cariz positivista considerava a possibilidade de a razão organizar as esferas de conhecimento. No entanto, a partir do pós-positivismo e da virada linguística, se percebe que a realidade se mostra muito diferente daquela plasmada na sociedade pré-industrial que sustentou o positivismo. E o Direito não pode estar alheio à faticidade e à invasão da linguagem ocorrida na filosofia, urgindo a necessidade de se repensar a construção do saber jurídico, com o desenvolvimento de uma teoria jurídica apta a contemplar a realidade cultural brasileira e, com isso, abordar uma possível saída para o problema que o estudo se dispôs a solver: saber qual o papel do juiz no Estado Democrático de Direito.

4.1 A superação da crise revelada pela Hermenêutica Filosófica

O fio condutor da presente pesquisa é a análise da abertura interpretativa proporcionada pelos princípios jurídicos e o uso indiscriminado destes nas decisões judiciais, que fortalece o protagonismo arbitrário e discricionário, afastando a garantia constitucional do dever de fundamentação das decisões. Assim, ao fundo e ao cabo, nada mais é do que o estudar a problemática da interpretação dos textos, como forma de auferir quais as perspectivas epistemológicas da função judicial no século XXI.

Em momentos históricos fortemente marcados pela supervalorização da letra da lei o brocardo *in claris cessat interpretatio*³⁷⁹ estabeleceu a inexistência de

³⁷⁹ Referências a seu respeito já eram apresentadas na antiga Roma, notadamente no Digesto onde Paulo, referindo-se aos testamentos, já dizia que “quando nas palavras não existe ambiguidade, não se deve admitir pesquisa acerca da vontade ou intenção”. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 51.

interpretação quando a lei for clara, vigendo como fórmula imperativa. Entretanto, tal premissa não se compatibiliza com a atual realidade jurídica brasileira e, com isso, assume real importância a utilização da hermenêutica, seja para definir a legislação aplicável ao caso ou o sentido do texto legal a ser utilizado.

A interpretação é um processo que concretiza a norma. Os textos normativos são destituídos de clareza, razão pela qual deverão passar por um processo interpretativo a fim de que possam ser aplicados aos casos concretos³⁸⁰. Diante disso, percebe-se que não existe interpretação do direito sem concretização, na medida em que esta é derradeira daquela. Em Gadamer tem-se a ideia de que “A tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, isto é, em sua aplicação” e que “A interpretação não é um ato posterior e oportunamente complementar à compreensão, porém, compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão”³⁸¹.

Especialmente no momento em que a Carta Constitucional vigente confere o dever de fundamentação das decisões jurídicas, a tarefa da interpretação das normas jurídicas ganha especial relevo. Diante disto, como o problema posto apontou a problemática da interpretação advinda da abertura proporcionada pela profusão de princípios, o estudo se valerá da hermenêutica³⁸², em especial a

³⁸⁰ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de Direito Constitucional*. 3. ed. Trad. Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 61/62.

³⁸¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método, Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p. 459.

³⁸² A palavra Hermenêutica é de origem grega, significando interpretação, consoante relata Pereira que a origem etimológica da palavra “hermenêutica” deriva do grego *hermeneuein* e do substantivo *hermeneia*, que, em termos gerais, significa interpretar, compreender, declarar, anunciar, esclarecer. PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 8/9. Muitos autores correlacionam o termo ao deus grego Hermes, o mensageiro dos deuses - a quem se atribui a origem da linguagem e da escrita -, que tinha o dom de permitir às divindades falarem entre si e também aos homens. De uma forma ou de outra, fato é que o termo está diretamente associado à ideia de compreensão de algo antes ininteligível. Conforme Grondin “a expressão deriva do deus grego Hermes, que praticava a hermenêutica na medida em que traduzia as mensagens divinas para os seres humanos.” GRONDIN, Jean. *Hermenêutica: introdução à hermenêutica filosófica*. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999, p. 10. Em conceito podemos trazer a lição de João Baptista Herkenhoff, para quem hermenêutica é a interpretação do sentido das palavras. HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o direito*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 5. Já para Carlos Maximiliano, a hermenêutica é a Teoria científica da arte de interpretar. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.148. Em Maria Helena Diniz tem-se que “É a hermenêutica que contém regras ordenadas que fixam os critérios e princípios que deverão nortear a interpretação. A hermenêutica é a teoria científica da arte de

hermenêutica filosófica, como forma de superação da crise propagada pelo decisionismo exarado nas decisões que usam do referido expediente.

A hermenêutica filosófica tem como princípio a obra e as contribuições de Heidegger, atingindo seu ápice com a doutrina de Gadamer. Como forma de crítica ao pensamento científico-espiritual Hans-Georg Gadamer, com base nos ensinamentos de Heidegger, faz da hermenêutica uma disciplina filosófica. Gadamer, com fundamento nas conclusões de Heidegger, se posiciona contra a concepção típica da hermenêutica tradicional do século XIX, de que toda verdade é consequência lógica da aplicação de um método científico (clássico). Segundo Gadamer, a hermenêutica é um campo da filosofia que, além de possuir um foco epistemológico, também estuda o fenômeno da compreensão por si mesmo — o que demonstra ser ele adepto da hermenêutica fenomenológica. Com isso, a hermenêutica passa a investigar o fenômeno da compreensão em si mesmo, ou seja, procura explicitar o que ocorre na operação humana de compreender. Assim, a doutrina de Gadamer coloca em oposição verdade e método e pondera que a revelação daquela depende do momento em que sujeito se encontra na história. Depende, também, dos pré-conceitos que o sujeito traz consigo ao logo do tempo, da carga cultural, dos costumes e das tradições que absorve durante a vida. Tentando assimilar o fenômeno da compreensão, Gadamer inaugura a hermenêutica filosófica e o faz com o do giro hermenêutico que “se dá, portanto, quando a disciplina liberta-se da sombra iluminista que, ao invés de esclarecer, oculta a estrutura da compreensão, na medida em que pretende suplantar a História e se confinar na busca maniqueísta e míope da verdade, tendo como ponto de partida a absolutização do método.”³⁸³.

O novo paradigma hermenêutico trazido pelas doutrinas de Heidegger e Gadamer propicia o nascimento de uma maneira de compreender e interpretar, onde

interpretar.” DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 48. Para Martin Heidegger, a Hermenêutica é o estudo do compreender. Compreender significa compreender a significação do mundo. Ou seja, é sempre uma compreensão do sentido: buscar o ser que me fala e o mundo a partir do qual ele me fala; descobrir através da linguagem o sentido radical, ou seja, o discurso. HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Rio de Janeiro: Vozes, 1999.

³⁸³ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 19.

o processo interpretativo não deriva do correto e verdadeiro sentido absoluto do texto, mas sim, do minucioso exame das condições existenciais em que ocorre a compreensão. É por meio da reflexão, voltando-se à consciência do espírito, sobre si mesmo, que a compreensão se conecta ao contexto vital da existência humana, de modo que o ato de compreender torna-se uma realidade existencial.

Para Gadamer, a hermenêutica é um campo da filosofia que, além de possuir um foco epistemológico, também estuda o fenômeno da compreensão por si mesmo. Compartilhando das impressões de Heidegger, Gadamer entende que a atividade interpretativa se inicia sempre com “conceitos prévios que serão substituídos por outros mais adequados”³⁸⁴. Assim, deve-se entender que os pré-conceitos vão sendo paulatinamente afastados, dando lugar a conceitos mais adequados, em que os sentidos vão ser confirmados, se compatíveis com o texto; e, afastados, se forem insuficientes.

Com isso, a interpretação, segundo Gadamer “consiste em concretizar a lei em cada caso, ou seja, é a tarefa da aplicação. A complementação produtiva do direito que se dá aí está obviamente reservada ao juiz”³⁸⁵. Dessa forma, interpretar o direito é aplicá-lo e com este ato o magistrado complementa o direito. Isso significa que a hermenêutica encontra na seara jurídica um fecundo campo para sua aplicação.

Neste mesmo panorama, Gadamer afirma que não se pode dissociar a realidade da obra da realidade do observador, na medida em que fazemos parte do mesmo mundo, ou seja, a possibilidade de compreensão se dá exatamente no encontro entre os horizontes em comum. Para consolidar sua teoria filosófica fincou suas bases nas seguintes estruturas fundamentais da compreensão, todas interligadas entre si: pré-compreensão e preconceito; tradição; horizonte histórico, círculo hermenêutico, o diálogo e a linguística. O presente trabalho aborda alguns

³⁸⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método, Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p. 400.

³⁸⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método, Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p. 452.

apontamentos acerca da concepção destas estruturas buscando demonstrar o seu papel e importância para a atividade jurídico-hermenêutica.

Para Gadamer, a compreensão, a interpretação e a aplicação são consideradas um processo unitário³⁸⁶. Entretanto, é através da estrutura chamada de horizonte histórico, que Gadamer resgata a noção de pré-compreensão de Heidegger e a coloca como parte integrante da compreensão³⁸⁷.

Na incansável busca por encontrar a determinação do ser, Heidegger termina por compreender que o ser, ao contrário do que os filósofos-hermeneutas acreditavam, não pode ser aprisionado em um conceito fechado (isto é, não se pode atribuir ao ser uma definição absoluta e exata) pois, o ser jamais pode ser concebido como algo dissociado do tempo de seu sentido. Em Heidegger, toda interpretação se inicia com algo que já é ou que já se apresenta como previamente dado na concepção prévia:

A interpretação de algo como algo funda-se, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia. A interpretação nunca é a apreensão de um dado preliminar, isenta de pressuposições. Se a concreção da interpretação, no sentido da interpretação textual exata, se compraz em basear nisso em que está no texto, aquilo que, de imediato, apresenta como estando no texto nada mais é do que a opinião prévia, indiscutida e supostamente evidente do intérprete. Em todo princípio de interpretação ela se apresenta como sendo aquilo que a interpretação necessariamente já põe, ou seja, que é preliminarmente dado na posição prévia, visão prévia e concepção prévia.³⁸⁸

Segundo o autor, a interpretação só se dá se houver uma compreensão prévia, compreensão essa pautada pela análise fenomênica expressa como ser-no-

³⁸⁶ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Rio de Janeiro: Vozes, 1999, p. 460.

³⁸⁷ Assim é que, ao comentar sobre as diferenças de sua experiência hermenêutica em relação à de Heidegger — sobretudo, no que diz respeito à pré-estrutura da compreensão — adverte que: “Heidegger somente entra na problemática da hermenêutica e das críticas históricas com a finalidade ontológica de desenvolver, a partir delas, a pré-estrutura da compreensão. Já nós, pelo contrário, perseguimos a questão de como, uma vez liberada das inibições ontológicas do conceito de objetividade da ciência, a hermenêutica pôde fazer jus à historicidade da compreensão”. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método, Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p. 400.

³⁸⁸ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Rio de Janeiro: Vozes, 1999, p. 207.

mundo, que se encontra circundado por objetos, vivendo em determinado estado de conexão com os outros. O direito, dessa forma, se constrói por meio da vivência, ou seja, no mergulho existencial no mundo mesmo. Dessa forma, o sentido do Direito pode não mais ser aquele que se entendia por ocasião de sua vigência, ou de épocas intermediárias em sua trajetória. Da mesma forma que não se deve buscar nele a possível intenção de outrem. Assim, o direito posto deve ter o sentido do dever ser descontextualizado, tendo em vista que todo texto não pretende alcançar um ser determinado, mas o poder ser como possibilidade de manifestação do ser.

Segundo Gadamer, o horizonte histórico

[...] é o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que é visível a partir de um determinado ponto. Aplicando-se à consciência pensante falamos então da estreiteza do horizonte, da possibilidade de ampliar o horizonte, da abertura de novos horizontes etc. [...] Aquele que não tem um horizonte é um homem que não vê suficientemente longe, por conseguinte, supervaloriza o que lhe está mais próximo. Pelo contrário, ter horizontes significa não estar limitado ao que há de mais próximo, mas pode ver para além disso. Aquele que tem horizontes sabe valorizar corretamente o significado de todas as coisas que caem dentro deles, segundo padrões de próximo e distante, de grande e pequeno. A elaboração da situação hermenêutica significa então a obtenção do horizonte de questionamento correto para as questões que se colocam frente à tradição³⁸⁹.

Como se percebe, na delimitação de horizonte Gadamer defende que toda forma de compreensão é situada em algum lugar da história, e que a possibilidade de realização se dá no contexto do horizonte daquele que busca o conhecimento³⁹⁰. Com isso, ao mesmo tempo em que reconhece a importância dos momentos históricos e a sua influência sobre os seres humanos, Gadamer afirma

³⁸⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método, Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p. 452.

³⁹⁰ Conforme reforça Pereira “toda forma de compreender é enraizada na situação hermenêutica do sujeito, nessa espécie de espaço de que todos partimos, conscientes, ou não, na medida em que conhecemos” ou seja, a compreensão está vinculada ao conjunto de experiências históricas. PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 27.

que o compreender está moldado na tradição, ou seja, o sentido da possibilidade de compreensão se dá no horizonte histórico³⁹¹.

No entanto, como o próprio autor ressalva, “o tornar-se consciente de uma situação é uma tarefa que em cada caso reveste uma dificuldade própria” principalmente pelo fato de que já nos encontramos nela

O conceito de situação se caracteriza pelo fato de não nos encontrarmos diante dela e, portanto, não podemos ter um saber objetivo dela. Nós estamos nela, já nos encontramos sempre numa situação, cuja iluminação é nossa tarefa, e este nunca pode se cumprir por completo. E isso vale também para a situação hermenêutica, isto é, para a situação em que nos encontramos face à tradição que queremos compreender. Também a iluminação dessa situação, isto é, a reflexão a história efetual, não pode ser plenamente realizada, mas essa impossibilidade não é defeito da reflexão, mas encontra-se na essência da mesma do ser histórico que somos.³⁹²

Assim, para a hermenêutica filosófica de Gadamer, a compreensão humana não pode ficar alheia aos acontecimentos históricos, ao tempo e às experiências de vida. A herança cultural não se apaga e, por isso, influencia diretamente na forma como o indivíduo compreende o momento e também o futuro. Consoante esclarece Pereira: “É imperioso destacar que Heidegger renunciou que

³⁹¹ Partindo da compreensão de que o ser humano é um ser incluído na história e que, por isso, acrescenta ao seu âmbito de visão conjunto de experiências trazidas pela tradição (que, inclusive, amolda-lhe a inteligência, o que denomina de princípio da história efetual), Gadamer conclui, embasado na noção de pré-compreensão de Heidegger, que horizonte histórico é o campo de visão acrescido de todos os pré-juízos e preconceitos já adquiridos. O horizonte não tem fronteira rígida. Muito pelo contrário, é deslocável à medida que se dá o processo de interpretação. Vale ressaltar que este deslocamento jamais se dará para o sentido do fechamento do processo de interpretação, mas sim, sempre no sentido da abertura do mesmo, no rumo de um padrão cada vez mais próximo do correto. Consoante esclarece Pereira: “O homem, ao interpretar, qualquer fenômeno, já possui antecipadamente uma pré-compreensão difusa do mesmo, um pré-conceito, uma antecipação prévia de seu sentido, influenciada pela tradição em que se insere (suas experiências, seu modo de vida, sua situação hermenêutica etc.). Por esse motivo, fracassará todo empreendimento que intente compreender objetivamente, em absoluto, qualquer tipo de fenômeno, eis que a compreensão [...] sujeita-se também à tradição ao qual pertence aquele que se dá o conhecer”. PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 28

³⁹² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método, Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p. 451.

a compreensão humana é composta de pré-juízos e preconceitos. Afinal, nenhuma intérprete tem a mente vazia”³⁹³.

A noção de círculo hermenêutico³⁹⁴ tem um conceito mais profundo na medida em que pressupõe uma dialética entre a carga histórica e a abertura interpretativa pelo objeto a partir do seu mundo particular. Afirma o autor:

O círculo, portanto, não é de natureza formal. Não é nem objetivo nem subjetivo, descreve, porém, a compreensão como a interpretação do movimento da tradição e do movimento do intérprete. A antecipação de sentido, que guia a nossa compreensão

³⁹³ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. Esclarecem Edmundo Arruda Jr. e Marcus Fabiano Gonçalves que, “em termos hermenêuticos, a pré-compreensão é aquele lugar inicial de onde se arranca uma interpretação, um ponto de origem. Apreçar a pré-compreensão na atividade do hermeneuta relacionado a textos jurídicos é algo complexo, pois parecem existir ao menos dois níveis distintos, embora altamente implicados: chamemos esses níveis de pré-compreensão jurídica e pré-compreensão da subjetividade do intérprete. Também integra essa pré-compreensão jurídica o capital formado pelo recolhimento dos vestígios interpretativos e aplicativos deixado por questões idênticas ou semelhantes analisadas por quem outrora também fez parte desse sistema jurídico. Referimos inclusive contar a jurisprudência no âmbito dessa pré-compreensão jurídica. Qualquer sistema jurídico é assim ele mesmo e também a história de suas pré-compreensões que a todos momento definem, de fora, o espectro da discricionariedade no interior da qual pode operar a criatividade. Esse espectro de discricionariedade é composto pelo espaço deixado àquilo que não foi completamente definido de modo taxativo ou vinculante, pela pré-compreensão jurídica. Dessa maneira, a variação da discricionariedade do intérprete, conforme suas pré-compreensões subjetivas, em grande parte é delimitada, desde o exterior, pré-compreensão jurídica, cuja oclusão opera de fora para dentro.” ARRUDA JR., Edmundo L. de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. *Fundamentação Ética e Hermenêutica: alternativa para o Direito*. Florianópolis: CESUSC, 2002, p. 247/261.

³⁹⁴ A noção de círculo hermenêutico de Gadamer nasceu com a doutrina de Schleiermacher. No início do século XIX, Schleiermacher deu a Hermenêutica outra importância. Avaliou, a partir da distinção entre os contextos em que a mesma se daria e os métodos científicos que proporcionariam direção objetiva ao entendimento, que seu uso era aplicável não apenas a campos setorializados do conhecimento científico, mas a todos os domínios em que se fizesse necessária uma compreensibilidade através da palavra. Vale anotar que para Schleiermacher a Hermenêutica pouco visava o saber teórico, e muito mais o uso prático, reduzindo-se, pois, à técnica da boa interpretação de um texto falado ou escrito. Apregoando a existência de uma inter-relação entre parte e todo, Schleiermacher defendia a ideia de que somente é possível compreender a obra em sua totalidade na medida em que há a compreensão de suas partes. É o exercício que se faz para analisar um texto, ou seja, para apurar o seu sentido completo é indispensável que se faça uma construção analítica e progressiva, iniciando pela análise das palavras e das orações, para, posteriormente, se chegar à compreensão das frases, dos parágrafos e, finalmente, do texto como um todo. Em suma Schleiermacher estabelece o processo de compreensão da seguinte forma: “progredindo pouco a pouco desde o início de uma obra, a compreensão gradual, de cada particular e das partes do todo que se organiza a partir delas, sempre é apenas provisória; um pouco mais completa, se nós podemos abarcar com a vista uma parte mais extensa, mas também começando com novas incertezas, quando nós passamos a uma outra parte, temos diante de nós um novo começo, embora subordinado; no entanto, quanto mais nós avançamos, tanto mais tudo o que precede é esclarecido como que recebe de um golpe sua plena luz e se apresenta com contornos puros e determinados”. SCHLEIERMACHER, Friedrich. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Trad. de Celso Reni Braidá. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2003, p. 49/50.

de um texto, não é um ato da subjetividade, já que se determina a partir da comunhão que nos une com a tradição. Porém, em nossa relação com a tradição, essa comunhão está submetida a um processo de contínua formação. Não se trata simplesmente de uma pressuposição, sob a qual nos encontramos sempre, porém nós mesmos vamos instaurando-a, na medida em que compreendemos, em que participamos do acontecer da tradição e continuamos determinando-o, assim, a partir de nós próprios.³⁹⁵

Conforme esclarece Raimundo Falcão, a noção de círculo hermenêutico decorre da evidência de que o ato de compreender é um ato referencial: compreendemos alguma coisa quando a comparamos com alguma coisa já conhecida. Melhor dito nas palavras do autor:

O círculo hermenêutico é, assim, algo decorrente da evidência de que o ato de compreender é um ato referencial, ou seja, compreendemos alguma coisa quando a comparamos com alguma coisa já conhecida. O que compreendemos agrupa-se em unidades sistêmicas. Esses círculos compostos de partes permitem a definição das partes e, ao mesmo tempo, a formação do todo, que é o círculo. Um conceito individual somente se gera porque existe um contexto ou horizonte em que se situa, resultando disso que a compreensão é circular, de uma feita que a interação dialética existente entre o todo e a parte enseja que, mutuamente, um dê sentido ao outro. Eis o círculo hermenêutico, que pode até conter uma contradição lógica, quando implica a asserção de que teríamos que conhecer o todos antes de poder captar o sentido das partes. Mas a verdade é que não é a lógica que valida todas as tarefas da compreensão. Sem prejuízo do aspecto comparativo, há a dimensão intuitiva na eficácia operacional do círculo hermenêutico, eficácia, essa, que também implica a ocorrência de um conhecimento prévio mínimo, sem o qual a compreensão redundaria impossível³⁹⁶.

O que se extrai é que o círculo hermenêutico acontece a partir do momento em que o indivíduo, carregado de seus preconceitos, procura construir o sentido do objeto ao mesmo tempo em que o objeto, durante o processo hermenêutico, modifica o entender do intérprete. O círculo da compreensão não é, destarte, um círculo metodológico, eis que descreve um momento estrutural da compreensão. Consoante esclarece Pereira:

³⁹⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método, Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p. 439/440.

³⁹⁶ FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 175.

[...] o movimento de compreensão formado por dita relação vai, ao longo do processo, estabelecendo patamares mais corretos de interpretação, que, por sua vez, lançarão novas luzes sobre os preconceitos e assim seguidamente rumo a um entendimento mais adequado. Caso fosse literalmente circular, o intérprete sairia do movimento da mesma forma que entrou, ou seja, com os mesmos preconceitos originais. Não poderia ter, por isso, nenhum juízo sobre suas validades, nem conquistar qualquer ganho em qualidade.³⁹⁷

Com base nestas premissas, Gadamer demonstra a existência de dois horizontes: daquele que compreende e daquele que adveio o objeto. Assim, a compreensão dar-se-á no momento em que o indivíduo interage com o mundo em que ele conhece e com aquele que ele se propõe conhecer. A interpretação dá-se, portanto, no momento a que o filósofo alemão denomina de fusão de horizontes:

Na verdade, o horizonte do presente está num processo de constante formação, na medida em que estamos obrigados a pôr à prova constantemente todos os nossos preconceitos. Parte dessa prova é o encontro com o passado e a compreensão da tradição da qual nós mesmos procedemos. O horizonte do presente não se forma pois à margem do passado. Nem mesmo existe um horizonte do presente por si mesmo, assim como não existem horizontes históricos a serem ganhos. Antes, *compreender é sempre o processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos*. Nós conhecemos a força dessa fusão sobretudo de tempos mais antigos e de sua relação para consigo mesmos e com suas origens. A fusão se dá constantemente na vigência da tradição, pois nela o velho e o novo crescem sempre juntos para uma validade vital, sem que um e outro cheguem a se destacar explicitamente por si mesmos.

Importante frisar que Gadamer não diferencia interpretação da compreensão. Para o autor a interpretação é a forma explícita da compreensão³⁹⁸. Gadamer entende que no momento do encontro entre horizontes haverá outro tipo de fusão entre compreensão, interpretação e aplicação³⁹⁹. Ou seja, a rigor para Gadamer a interpretação explicita-se através da compreensão e a aplicação não se

³⁹⁷ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 35.

³⁹⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método, Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p. 450.

³⁹⁹ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 35

realiza posteriormente, mas, sim, integra o momento de compreender. E essa simbiose entre compreensão, interpretação e aplicação é que formam um dos conceitos centrais da hermenêutica: o da concretização. .

Já no tocante à determinação do sentido do texto legal, o autor manifesta-se da seguinte forma:

[...] tanto para a hermenêutica jurídica quanto para a teleológica, é constitutiva a tensão que existe entre o texto proposto – da lei ou do anúncio – e o sentido que alcança sua aplicação ao instante concreto da interpretação, no juízo ou na pregação. Uma lei não quer ser entendida historicamente. A interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica [...] se quisermos compreender adequadamente o texto – lei ou mensagem de salvação –, isto é, compreendê-lo de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, devemos compreendê-lo a cada instante, ou seja, compreendê-lo em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui, compreender é sempre também aplicar⁴⁰⁰.

Nota-se que em Gadamer há uma tensão positiva entre texto legal e a interpretação que lhe é dada. Assim, compreender corretamente seria estabelecer uma nova interpretação para o texto jurídico de acordo com cada situação concreta apresentada. A cada nova aplicação há também uma nova interpretação. Com isso, por base dos preceitos hermenêuticos filosóficos da teoria gadameriana, pode-se inferir que toda prestação jurisdicional requer uma nova interpretação da lei posta, ou seja, cada sentença judicial é uma nova interpretação.

E em sua atividade jurisdicional, a cada nova interpretação reclamada pela sentença, o juiz deve considerar inúmeras variáveis do sistema jurídico tais como: a lógica interna do texto normativo, a organização da legislação infraconstitucional, a jurisprudência, a supremacia constitucional, os tratados internacionais e a equidade, dentre outros. Cada um desses elementos pode ser considerado como parte integrante de um todo, que, caso ignorado pode se inferir que a compreensão não logrou êxito:

⁴⁰⁰ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método, *Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p. 407/408.

[...] o movimento da compreensão vai constantemente do todo para a parte e desta para o todo. A tarefa é ir ampliando a unidade do sentido compreendido em círculos concêntricos. O critério correspondente para a justeza da compreensão é sempre a concordância de cada particularidade com o todo. Se não houver tal concordância, significa que a compreensão malogrou⁴⁰¹.

Disso se extrai que a compreensão do todo⁴⁰² acarreta uma espécie de revisão da compreensão de cada uma das partes, ou seja, os pré-juízos tornam-se juízos⁴⁰³. Assim, ao transpor tais conhecimentos para o campo jurídico, percebe-se que uma lei não possui o mesmo sentido quando lida isoladamente. Ou seja, o magistrado deve conhecer o todo sistema jurídico, o qual requer o conhecimento de cada uma das partes e suas inter-relações. Esse conjunto deve ser analisado hermeneuticamente para a prolação da sentença, partindo de uma noção preliminar do processo judicial e sua possível solução (pré-juízo) percorrendo cada uma das partes para verificar sua compatibilidade com o todo. Existindo compatibilidade o pré-juízo transforma-se em juízo, caso contrário o juízo deve ser uma retificação do pré-juízo. Dessa forma,

⁴⁰¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método, Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p. 386.

⁴⁰² De salientar que a ideia do “todo” de Gadamer congrega-se à de Schleiermacher, para quem “como todo menor é condicionado por um maior que, por sua vez, é também um menor, segue-se obviamente que também o particular apenas pode ser completamente compreendido através do todo”. SCHLEIERMACHER, Friedrich. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Trad. de Celso Reni Braida. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2003, p. 49. Entretanto, Gadamer não coaduna com a hipótese de que haja uma compreensão completa. Em síntese, os dois filósofos concordam que as partes componentes do todo devem ser conhecidas para que se possa conhecer o todo; além disso, o que sob um ponto de vista é o todo, sob outro ponto de vista é parte integrante de outro todo. Nas palavras de Gadamer: “Trata-se da relação circular entre o todo e suas partes: o significado antecipado em um todo se compreende por suas partes, mas é à luz do todo que as partes adquirem a sua função esclarecedora”. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método, Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p. 58.

⁴⁰³ Gadamer exemplifica o referido processo com o estudo de um texto em língua estrangeira: “antes de compreendermos qualquer coisa em uma frase, procedemos a uma certa estruturação prévia que constitui, desse modo, a diretriz de uma posterior compreensão. Esse processo é orientado por um sentido global que temos em mira antecipadamente, a partir das relações que se nos apresentam em um contexto anterior. Mas esse sentido global e previamente dado permanece, bem entendido, à espera de uma confirmação ou retificação, para que só então possa formar a unidade de uma perspectiva coerente. Pensemos tal estrutura de um modo dinâmico: constatamos de imediato que a compreensão amplia e renova”. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método, Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p. 58.

[...] compreender não é compreender melhor, nem sequer no sentido de possuir um melhor conhecimento sobre a coisa em virtude de conceitos mais claros, nem no sentido da superioridade básica que o consciente possui com relação ao caráter inconsciente da produção. Basta dizer que, quando se logra compreender, compreende-se de um modo diferente⁴⁰⁴.

Ainda dentro do processo de compreensão dois fatores devem ser especialmente frisados: primeiro, que a tradição⁴⁰⁵ influencia no processo de compreensão (isso significa que Gadamer considera o caldo cultural no qual o intérprete está imerso); e, segundo, para este filósofo, inexistente a compreensão como uma única possibilidade verdadeira, mas, sim, posições e interpretações. Em Gadamer a importância da tradição e da consciência histórica para a tarefa hermenêutica pode ser assim vislumbrada:

Todo o encontro com a tradição realizado com consciência histórica experimenta por si mesmo a relação de tensão entre texto e presente. A tarefa hermenêutica consiste em não ocultar esta tensão em uma assimilação ingênua, mas em desenvolvê-la conscientemente. Esta é a razão por que o comportamento hermenêutico está obrigado a projetar um horizonte que se distinga do presente. A consciência histórica é consciente de sua própria alteridade e por isso destaca o horizonte da tradição com respeito ao seu próprio. Mas, por outro lado, ela mesma não é, como já procuramos mostrar, senão uma espécie de superposição sobre uma tradição que continua atuante, e por isso ela recolhe em seguida o que acaba de destacar, com o fim de intermediar-se consigo mesma na unidade do horizonte histórico que alcança dessa maneira. O projeto de um horizonte histórico é, portanto, só uma fase ou momento na realização da compreensão, não se prende na auto alienação de uma consciência passada, mas se recupera no próprio horizonte compreensivo do presente. Na realização da compreensão tem lugar uma verdadeira fusão horizontal que, com o projeto do horizonte histórico, leva a cabo simultaneamente sua suspensão. Nós caracterizamos a realização controlada dessa fusão com a

⁴⁰⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método, Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p. 392.

⁴⁰⁵ “Nesse sentido, compreender uma tradição requer, sem dúvida, um horizonte histórico. Mas o que não é verdade e que se ganhe esse horizonte deslocando-nos a uma situação histórica. Pelo contrário, temos de ter sempre um horizonte para podermos nos deslocar a uma situação qualquer. Apartar os olhos de si mesmo. Somente assim se satisfaz o sentido de deslocar-se. Se nos deslocamos, por exemplo, a situação de um outro homem, então vamos compreendê-lo, isto é, tornar-nos-emos conscientes de sua alteridade, e até de sua individualidade irreduzível, precisamente por nos deslocarmos a sua situação” GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método, Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p. 455/456.

tarefa da consciência histórico-efeitual. Enquanto que, na herança hermenêutica romântica, o positivismo estático-histórico ocultou essa tarefa, temos de dizer que o problema central da hermenêutica se estriba precisamente nela.⁴⁰⁶

Na teoria de Gadamer soluções divergentes entre juízes ou tribunais, ou demandas posteriores com resultados diversos (com outras partes, em sistema jurídico diferente, com julgador cujas idiossincrasias já levemente modificadas ou até mesmo com a tradição já alterada) são apenas uma questão de interpretação adotada, não havendo certo/errado. Isso porque, na teoria gadameriana a nova decisão também passará a integrar o sistema jurídico e, portanto, o modificará. Assim, de se concluir que todo o esforço empreendido para compreender e interpretar só faz sentido porque o intérprete precisa aplicar a norma jurídica ao caso concreto.

Neste contexto, os princípios assumem papel central no espiral jurídico-hermenêutico, pois além de expressarem o resultado da tutela jurisdicional postulada, quando passam a integrar a fundamentação da decisão tornam-se fonte do Direito e solidifica a imagem do espiral da teoria de Gadamer. A imagem do espiral salienta que o sistema jurídico não está completo, tampouco é fechado; ao contrário, está em permanente formação (correção do direito abstrato) com a mutabilidade do Direito.

A representação da tutela jurisdicional como um espiral denota a mutabilidade do Direito, isso ocorre principalmente em razão das interpretações dadas à legislação. Inexistindo a interpretação, há um largo espaço para que a liberdade, para a criatividade do julgador. Cumpre repetir que os princípios jurídicos ocupam lugar central no círculo/espiral hermenêutico, sendo resultado final do processo hermenêutico realizado pelo juiz, mas também uma das partes que deve ser analisada no decurso do referido processo.

⁴⁰⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método, Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p. 460.

Destarte, depreende-se que, a hermenêutica sempre apresentará uma verdade discutível, uma verdade nunca absoluta ou exata⁴⁰⁷, pois, haverá sempre a possibilidade de se alterar a interpretação e a compreensão feita de um texto. Assim, a verdade não constitui uma questão de método, e sim, de manifestação do ser e de sua des-ocultação perante o intérprete. Por isso da afirmação de Gadamer: “compreender uma pergunta quer dizer perguntá-la. Compreender uma opinião quer dizer compreendê-la como resposta a uma pergunta”.⁴⁰⁸

A interpretação na hermenêutica filosófica, sobretudo em Gadamer, tem o condão de uma natureza construtiva, em face da impossibilidade de reprodução de um sentido. Sempre haverá a possibilidade de ocorrerem novas (ou ainda, mais adequadas) interpretações. Nunca haverá uma interpretação melhor ou superior a outra, pois, toda interpretação estará de acordo com a compreensão da época em que vive o intérprete (em consonância ao horizonte histórico em que foi elaborada) e por fundamentar-se em seus preconceitos e pré-compreensões. Em outras palavras, a tradição acumulada e desenvolvida no processo histórico condiciona a compreensão de um texto. Por isso, as impressões, experiência e existência do intérprete, bem como o momento histórico em que a obra foi produzida, devem ser levadas em consideração no instante em que analisamos o resultado de uma interpretação.

Assim, o papel que a hermenêutica, sobretudo a hermenêutica filosófica, assume é a postura de rompimento paradigmático da crise que afeta o Direito propiciada pelo uso inadequado dos princípios jurídicos nas decisões judiciais. Dito de outra forma: é a hermenêutica que vai devolver ao horizonte de sentido proporcionado pelo Estado Democrático de Direito a autonomia do direito. Com a da

⁴⁰⁷ Na lição de Streck: “Gadamer rejeita peremptoriamente qualquer acusação de relativismo à hermenêutica (jurídica). Falar de relativismo é admitir verdades absolutas, problemática, aliás, jamais demonstrada. A hermenêutica afasta o fantasma do relativismo, porque este nega a finitude e seqüestra a temporalidade”. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito*. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), janeiro-junho 2009. Unisinos: 2009, p. 65/77.

⁴⁰⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método, Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p. 552.

hermenêutica filosófica haverá a ruptura da relação sujeito-objeto presente no pensamento dogmático que permeia o Direito⁴⁰⁹.

A hermenêutica filosófica focaliza sua atenção sobre a estrutura de pré-compreensão de que é dotada a interpretação jurídica, de seu condicionamento histórico, trazendo à lume o fato de que o operador do direito não pode interpretar a lei senão desde e para uma situação concreta. Assim a concretização da lei não pode ser isolada da pré-compreensão do intérprete, das suas experiências e pré-juízos decorrentes de sua circunstância histórica⁴¹⁰

É a partir da hermenêutica filosófica que se falará da possibilidade de responder corretamente⁴¹¹, na medida em que a hermenêutica funciona como uma blindagem contra interpretações arbitrárias e discricionariedades e/ou decisionismos

⁴⁰⁹ Segundo Streck: “A hermenêutica jurídica dominante no imaginário dos operadores do Direito no Brasil (perceptível a partir do ensino jurídico, da doutrina e das práticas dos tribunais) continua sendo entendida como um (mero) saber operacional. Domina, no âmbito do campo jurídico, o modelo assentado na idéia de que “o processo/procedimento interpretativo” possibilita que o sujeito (a partir da certeza-de-si-do-pensamento-pensante, enfim, da subjetividade instauradora do mundo) alcance o “exato sentido da norma”, “o exclusivo conteúdo/sentido da lei”, “o verdadeiro significado do vocábulo”, “o real sentido da regra jurídica” etc.”. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito*. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), janeiro-junho 2009. Unisinos: 2009, p. 65/77.

⁴¹⁰ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitucion*. Madrid: Tecnos, 1995, p 264/265.

⁴¹¹ A tese da resposta correta é desenvolvida na obra de Ronald Dworkin, em especial em *Levando os Direitos a sério*. Dworkin desenvolveu a noção de que há uma única resposta correta para cada caso nos quadros de um direito democraticamente produzido, pois a plurivocidade legislativa não pode dar azo a que se diga que sempre há várias interpretações e que se permitam várias respostas. Assim, a resposta correta é aquela construída pela decisão qualitativamente melhor, com melhor nexos argumentativo adequado a materialidade da Constituição. O autor reconhece que não é uma tarefa fácil, talvez por isso tenha nominado seu protagonista de Hércules. Ele sabe que os juízes não têm capacidade hercúleas, e que, por isso, poderão não chegar a respostas corretas (principalmente porque não há como neutralizar o julgador, descolando-o de sua subjetividade, e anulando-o como intérprete). Todavia, Dworkin afirma que se não se pode exigir que o juiz chegue a resposta correta sobre os direitos de seus cidadãos, pode se exigir que ele tente, levando os direitos a sério. A tese da resposta correta não quer dizer que uma proposição somente pode ser verdadeira caso houver um critério consensual para verificar a veracidade. Dworkin chama essa objeção de “tese da demonstrabilidade” que quer dizer que uma proposição do direito pode ser considerada verdadeira (correta) se for mais coerente (melhor justificativa) do que a proposição contrária com a teoria jurídica que justifique melhor o direito estabelecido; ou, poderá ser considerada falsa se for menos coerente com essa teoria do direito do que a contrária. Pela metáfora da resposta correta estabelece-se a convicção de que há um desde-já sempre que conforma o compromisso minimamente objetivador, uma vez que em todo o processo compreensivo o desafio é levar os fenômenos a representação ou a sua expressão na linguagem, chegando assim, ao que chamamos de objetivação. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes. 2011.

por parte dos juízes. Mais do que isso, a hermenêutica será antipositivista⁴¹², na medida em que cumpre uma dupla jornada: reforça o comando constitucional de fundamentar a decisão e afasta os juízes legisladores. Com isso resguarda-se a autonomia do Direito conquistada, principalmente, no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Ressalve-se que combater a discricionariedade não significa dizer que os juízes não criam Direito. Pelo contrário, o juiz exerce uma função criadora do direito extremamente importante, na medida em que, como refere Wolkmer, contribui para o aperfeiçoamento e a perpetuação da ordem jurídica⁴¹³. Entretanto, não se deve olvidar que esta criação do Direito não pode esbarrar na discricionariedade, álibi da arbitrariedade, que fustiga o direito produzido democraticamente. E a forma possível de os juízes criarem o direito está intimamente ligada ao dever de fundamentação das sentenças, ocasião em que os princípios jurídicos assumem papel relevante.

⁴¹² A noção de positivismo é trabalhada, nesta pesquisa, a partir de sua principal característica: a discricionariedade. Como pano de fundo a discussão encontra-se nas críticas dirigidas a Herbert Hart por Ronald Dworkin. Em *O conceito de direito* Hart se propôs a dizer “o que é o direito” e “como o direito válido deve ser identificado”. Enfatizou a existência de duas características importantes: que se trata de um projeto descritivo: sem avaliações de natureza moral ou ética, que compreende (mas não avalia) as complexas práticas sociais do direito; e que se trata de um projeto filosófico: e não jurídico. Hart sustentou que o sistema jurídico é composto por regras primárias (que impõe deveres) e regras secundárias (que atribuem poderes que permitem a criação ou alteração de deveres e obrigações), e que, dentre as regras do tipo secundário está a regra do reconhecimento, referida pelo autor como a forma mais simples para remediar a incerteza das regras primárias, na medida em que especifica os aspectos sociais de existência da regra, que justificam que ela deve ser apoiada pela pressão que exerce. Hart assume como pressuposto que toda expressão linguística, seja ela jurídica ou não, possui um núcleo duro de significado e uma zona de penumbra. Nesse âmbito os juízes possuem discricionariedade para escolher a melhor interpretação e sua construção a partir da linguagem jurídica. Como as regras em Hart são compostas de uma textura aberta (áreas de conduta em que as coisas devem ser deixadas para serem resolvidas pelos Tribunais), o positivismo de Hart contempla a discricionariedade judicial no sentido forte, pois vai ser preenchida por uma escolha de um juiz, que está legitimado pela comunidade para dar a decisão que ele achar melhor. HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian. 2001, p. 91. A crítica de Dworkin dirige-se ao positivismo discricionário de Hart. Dworkin afirma que uma teoria sobre o direito não pode constituir-se em uma descrição neutra da prática jurídica (conjunto de regras primárias e secundárias de Hart), mas sim de uma interpretação que não pretenda apenas descrevê-la, mas também justificá-la. Isso significa que em Dworkin a própria teoria jurídica baseia-se em argumentos e convicções morais e éticos. Dworkin afirma que “Hart e eu divergimos, portanto, no que diz respeito a determinar até que ponto e em que sentido os juristas e juízes devem emitir seus próprios “juízos de valor” a fim de identificar o direito em casos particulares. Em minha opinião, o argumento jurídico é um argumento típica e completamente moral. Os juristas devem decidir qual desses conjuntos concorrentes de princípios oferece a melhor justificação da prática jurídica como um todo, isto é, que seja mais preempatória em termos morais”. DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes. 2010, p. 205.

⁴¹³ WOLKMER, Antônio Carlos. *O papel dos juízes na criação do Direito*. In *Revista de Estudos Jurídicos*, v. 19, no. 47, set/dez 1986, p. 83.

Diante disto, abordar qual papel dos princípios para resguardar a autonomia do direito e a possível saída para o problema saber qual o papel do juiz no Estado Democrático de Direito, é o assunto que cuidará o item final que segue.

4.2 As transformações do papel do juiz e as limitações de suas possibilidades interpretativas: o papel dos princípios para resguardar a autonomia do direito

Fruto do gradual aumento da litigiosidade provocado pelo período do Estado pós-social, ocasião em que os direitos fundamentais passaram a reclamar efetivação judicial, está a transformação do papel dos juízes. Assim, como a figura do juiz é de fundamental importância para a pacificação dos conflitos sociais, eis que nas palavras de Calamandrei “o juiz é o direito feito homem. Só desse homem posso esperar, na vida prática, aquela tutela que em abstrato a lei me promete”⁴¹⁴, cumpre verificar quais os limites de sua atividade interpretativa.

Como já referido nos capítulos anteriores, o aumento de poder jurisdicional não deve ser entendido como uma transferência da soberania do povo para o juiz, mas, sim, como a transformação do paradigma filosófico. Diante disto, o último ponto do estudo cuidará de abordar a necessidade de transformação do paradigma filosófico, tendo como objetivo principal verificar quais os limites da possibilidade interpretativa do juiz através dos princípios jurídicos, como forma de resguardar a autonomia do direito.

Frente à contemporânea crise do Judiciário⁴¹⁵, cujo mote principal reside na flexibilização do Direito provocada pela interpretação, surge a instabilidade

⁴¹⁴ CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. Trad. de Paolo Barile. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 11.

⁴¹⁵ Mauro Cappelletti atribui à crise do judiciário o crescimento dos próprios ramos jurídicos: “Não se deve esquecer, ainda, o fato fundamental de que a criatividade judiciária, ou sua acentuação, foi larga medida consequência do enorme crescimento dos próprios ramos jurídicos, e da necessidade, daí recorrente, de não deixá-los sem controle efetivo. Por isso, também é previsível um gradual processo de adaptação do judiciário, no sentido de que se desenvolva maior ‘competência institucional’, a fim de saber responder às novas exigências que se lhe está

interna do sistema normativo e a insegurança externa dos destinatários da regra jurídica⁴¹⁶. Como leciona José Igreja Matos, “se vivem tempos de crise da justiça que assentam, sobretudo, na ‘crise da lei’, fruto do esgotamento histórico do paradigma legalista e dos seus corolários particularmente os decorrentes da juridificação das relações sociais, importando trilhar caminhos que permitam pluralismos jurídicos e jurisdicionais [...]”⁴¹⁷.

E a crise do Judiciário, pautada pela flexibilização do Direito vem culminando em decisionismos, processos legislativos incoerentes e obscuros⁴¹⁸. Todavia, para que se possa falar de Direito, em termos democráticos⁴¹⁹, exige-se

impondo, processo este que, como vimos, já está em curso de realidade, esse processo, de outra parte, não será e nunca deverá ser levado ao ponto de suprimir as profundas diferenças institucionais existentes entre órgãos judiciários, de um lado, e os assim chamados ramos políticos de outro”. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 90. Já André Karam Trindade menciona que a crise se dá pela aproximação do direito pátrio ao sistema da *common law*: “[...] considerando que nos últimos anos observa-se uma crescente tendência de aproximação entre as tradições da *common law* e da *civil law* – e que um dos seus efeitos é, precisamente, a expansão do ativismo judicial em países como o Brasil -, é chegada a hora de pensar na possibilidade de uma teoria da decisão adequada ao sistema da *civil law*, a fim de que se possa controlar, de algum modo, os processos de interpretação e aplicação do direito, estabelecendo critérios e limites para que o protagonismo dos juízes não afete a democracia constitucional.” In: FERRAJOLI, Luigi (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 125/126. Luiz Werneck Vianna também refere que “em torno do Poder Judiciário vem-se criando, então, uma nova arena pública, eterna ao circuito clássico ‘sociedade civil – partido – representação – formação da vontade majoritária’. Consistindo em ângulo perturbador para a teoria clássica da soberania popular. Nessa nova arena, os procedimentos políticos de mediação cedem lugar aos casos judiciais, expondo o Poder Judiciário a uma interpelação direta de indivíduos, grupos sociais e até partidos -, em um tipo de comunicação em que prevalece a lógica dos princípios, do direito material, deixando-se para trás as antigas fronteiras que separam o tempo passado, de onde a lei geral e abstrata hauria seu fundamento, do tempo futuro, aberto à inflação do imaginário, do ético e do justo”. VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELHO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovam, 1999, p. 22/23.

⁴¹⁶ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Judiciário e a democracia no Brasil*. Revista USP. São Paulo, n. 21, p. 116-125: Coordenadoria de Comunicação Social (CCS) / USP, 1994, p. 124.

⁴¹⁷ MATOS, José Igreja. *O juiz e o processo civil (contributo para um debate necessário)*. In: Revista Julgar da Associação Sindical dos Juízes Portugueses, no. 2. Portugal: Coimbra Editora, 2007, p. 104.

⁴¹⁸ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 102.

⁴¹⁹ Bobbio refere que a democracia pressupõe a existência de um conjunto de regras plasmado nas leis: “Ao longo de toda a história do pensamento político repõe-se com insistência a pergunta: “Qual o melhor governo, o das leis ou o dos homens?” [...] Tanto o grande legislador, o sábio, quanto o fundador de estados, o herói, são personagens excepcionais que surgem em situações incomuns e desenvolvem suas ações em momentos ou de começo ou de ruptura. Na realidade, o governo dos homens, mais que uma alternativa ao governo das leis, dele é uma necessária sub-rogação nas épocas de crise. A fenomenologia das figuras históricas através das quais abriu

que seja impossível a qualquer agente público com poder de decisão, desconfirmar o direito enunciado⁴²⁰ sem a devida fundamentação, na medida em que o que põem em risco o Estado Democrático de Direito é a arbitrariedade⁴²¹, cuja base positivista autoriza múltiplas respostas.

Nesta esfera, e com Castanheira Neves, pode-se falar em crise do juiz⁴²². Segundo o autor lusitano, a existência da crise na magistratura reside em saber o sentido da jurisdição, já que a crise além de ser uma circunstância negativa (que ao ver do autor se lamenta), representa o fim histórico-cultural de um sistema, na medida em que esgota o paradigma em vigor e torna necessária a construção de um novo paradigma. Segundo Castanheira Neves, a estrutura organiza o funcionamento do paradigma sistêmico, “mas só o sentido funda e constitutivamente sustenta”⁴²³. Assim, a superação da crise ocorre com a crítica e por intermédio de uma reflexão

caminho a idéia da superioridade do governo dos homens é em grande parte uma fenomenologia de personagens excepcionais. Daí que a pergunta "governo das leis ou governo dos homens?" acaba por ser uma pergunta mal posta, pois um não exclui o outro. [...] Se então, na conclusão da análise, pedem-me para abandonar o hábito do estudioso e assumir o do homem engajado na vida política do seu tempo, não-tenho nenhuma hesitação em dizer que a minha preferência vai para o governo das leis, não para o governo dos homens. O governo das leis celebra hoje o próprio triunfo na democracia. E o que é a democracia se não um conjunto de regras (as chamadas regras do jogo) para a solução dos conflitos sem derramamento de sangue? e em que consiste o bom governo democrático se não, acima de tudo, no rigoroso respeito a estas regras? Pessoalmente, não tenho dúvidas sobre a resposta a estas questões. E exatamente porque não tenho dúvidas, posso concluir tranqüilamente que a democracia é o governo das leis por excelência. No momento mesmo em que um regime democrático perde de vista este seu princípio inspirador, degenera rapidamente em seu contrário, numa das tantas formas de governo autocrático de que estão repletas as narrações dos historiadores e as reflexões dos escritores políticos”. BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia; uma defesa das regras do jogo*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 151/171.

⁴²⁰ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 80.

⁴²¹ No dicionário de filosofia arbitrário é definido como “Que só depende da escolha, do arbítrio ou da decisão livre dos homens”. JAPIASSÚ, Hilton. *Dicionário básico de filosofia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 17.

⁴²² Igualmente para Carnelutti, para quem, pressupondo a clássica representação triangular do processo, também vê a crise do juiz. Entretanto afirma que a crise reside na dualidade gerada pelo conceito de o magistrado não ser parte, mesmo integrando a relação processual: “se aqueles que estão diante do juiz para serem julgados são partes, quer dizer que o juiz não é parte (...). O juiz também é um homem; se é um homem, é também parte. Esta, de ser, ao mesmo tempo, parte e não parte, constitui uma contradição na qual se debate o conceito de juiz. O fato de ser o juiz um homem, e do dever ser mais que um homem, constitui seu drama”. CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Campinas: Russel, 2008, p. 36.

⁴²³ CASTANHEIRA NEVES, António. *Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema” – modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito*. In: SANTOS, Luciano Nascimento (Coord.). *Estudos jurídicos de Coimbra*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 229-268, p. 231-232.

“refundadora de um novo sentido”⁴²⁴, os quais tornam-se diretrizes para pensar o Direito, a jurisdição e o juiz, contemporaneamente.

Interessante perceber que a figura do magistrado ao longo do transcurso da história, consoante brevemente ilustrado no primeiro capítulo do estudo, passou por uma significativa mudança. Desde a superada ideia de que ele era *la bouche de la loi*, ratificada por Montesquieu⁴²⁵, igualmente foi abandonada a ideia de que há subsunção imediata dos fatos à norma. Ou seja, o juiz metamorfoseou-se: passou de mera boca da lei para um criador do direito.

Consoante leciona Perfecto Andrés Ibáñez, diante da inquietude social pelos possíveis abusos desse poder, que é particularmente incisivo, assiste-se hoje a uma mudança significativa do modo de ser do juiz e da jurisdição:

Das inovações de cariz constitucional estabelecidas num sistema de garantias, de que não se abdica, até à emergência de novas questões, onde os conflitos de transcendência frequentemente política conferem conotações à própria decisão assiste-se hoje a um caminho inevitável onde a cultura profissional dos juízes é posta à prova”⁴²⁶.

⁴²⁴ Com isso o autor aponta para dois tipos de problemas: estruturais ou externos e interno ou intencional. Os problemas estruturais estão ligados a institucionalização (organização de governo); a legitimação decisória; ao problema estatutário (garantia de independência e de controle das responsabilidades disciplinares dos juízes); e ao problema funcional *ad doc* (modo de funcionamento dos Tribunais esperado pelas pessoas). Já o problema interno está ligado a problemática do sentido. Assevera Castanheira Neves que todos esses problemas são importantes, mas não revelam a substancial questão: “a intencionalidade material da própria jurisdição como jurisdição e o sentido que ela assume e realiza. Dizem-nos do poder, da responsabilidade, do modo do fazer jurisdicional, mas não nos dizem o que é esse fazer ou o que nele se faz. Desse modo, o problema interno ou intencional – problema do sentido – é constitutivo e toca a essência do problema, e não a sua forma ou a sua condição de possibilidade, caracterizada pelo problema externo. Tal essência depende da correta solução dos problemas externos, que serão um correlato funcional “do que seja ou se pretenda que seja a jurisdição enquanto tal”. CASTANHEIRA NEVES, António. *Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema” – modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito*. In: SANTOS, Luciano Nascimento (Coord.). *Estudos jurídicos de Coimbra*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 229-268, p. 231-232.

⁴²⁵ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do espírito das leis*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 91.

⁴²⁶ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. A profissão de juiz, hoje. In: *Revista Julgar da Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, nº 1. Portugal: Coimbra Editora, 2007, p. 20/35.

Destarte, a discussão alcança o patamar da democracia, pois não há sentido que no Estado Democrático de Direito venha depender da discricionariedade dos juízes⁴²⁷, no sentido de uma postura negativamente ativista⁴²⁸. Todavia, de antemão, para que se possam firmar conjecturas sobre a superação da crise do juiz, o ponto de partida da reflexão há de ser o prévio esclarecimento do que se entende por ativismo judicial e por criação judicial (judicialização) do direito.

Por ativismo judicial entende-se o

[...] exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas⁴²⁹.

Ives Gandra Martins Filho entende o ativismo judicial como um “[...] *protagonismo do Poder Judiciário* na conformação do ordenamento jurídico que não se limita a interpretar e aplicar as leis, mas *innovar no mundo jurídico*, paralelamente

⁴²⁷ Conforme Streck leciona, “isso significa substituir a democracia pela ‘vontade do poder’ (entendido como o último princípio epocal da modernidade) dos juízes. A produção democrática do Direito – que é esse plus normativo que caracteriza o Estado Democrático de Direito – é um salto para além do paradigma subjetivista”. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito*. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), janeiro-junho 2009. Unisinos: 2009, p. 65/77.

⁴²⁸ Em pensamento oposto, Luigi Ferrajoli admite três espaços fisiológicos de inegável discricionariedade judiciária: a) o poder de qualificação jurídica, que corresponde aos espaços de interpretação da lei, ligados à semântica da linguagem legal; b) poder de verificação factual ou de valoração das provas, que corresponde aos espaço da ponderação dos indícios e dos elementos probatórios; e c) o poder equitativo da conotação dos fatos verificados, que corresponde aos espaços da compreensão e ponderação dos conotados singulares e irrepetíveis de cada fato, mesmo se todos subsumíveis na mesma figural legal. Entretanto, o autor considera que estes espaços podem ser fortemente reduzidos, mas não suprimidos na decisão judicial através da fundamentação. FERRAJOLI, Luigi (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 46/47

⁴²⁹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial. Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 255.

ao legislador.”⁴³⁰. Para o autor a melhor expressão para a definição desta tendência seria o voluntarismo jurídico, ou seja, a vontade do juiz, sob a qual ele alerta “[...] o perigo a insegurança [que] estão no *subjetivismo* necessariamente decorrente desse ativismo e voluntarismo: cada juiz extrairá, do princípio que mais lhe aprouver, a obrigação que menos se poderia esperar, desnorteando o jurisdicionado”⁴³¹.

Diversamente do ativismo judicial (que desrespeita os limites impostos pelo próprio ordenamento), a criação judicial do direito seria, com amparo na lição de Mauro Cappelletti, o exercício regular do poder-dever, que incumbe aos juízes, de transformar o direito legislado em direito interpretado/aplicado, caminhando do geral e abstrato da lei ao singular e concreto da prestação jurisdicional, a fim de realizar a justiça em sentido material, que é dar a cada um o que for seu.⁴³²

Assim o ativismo judicial coaduna a ideia de mau agir por parte do Judiciário acerca dos limites normativos estabelecidos no Estado Democrático de Direito⁴³³. O juiz ativista ignora o texto legalmente constituído, ignora a história de sua constituição, ignora as decisões anteriormente proferidas e as duradouras tradições da cultura política. O ativista ignora tudo isso para impor a outros Poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige⁴³⁴.

Lenio Streck afirma que o problema do ativismo é muito maior do que da judicialização. Entende o jurista que o ativismo sempre é ruim para a democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais,

⁴³⁰ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Linha administração e políticas públicas: o controle disciplinar da magistratura e o perfil ético do magistrado*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 54.

⁴³¹ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Linha administração e políticas públicas: o controle disciplinar da magistratura e o perfil ético do magistrado*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 56.

⁴³² CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 20/7.

⁴³³ Para Ronald Dworkin a ideia do ativismo está estritamente ligada a justificação moral: “O ativismo somente pode ser justificado como um programa baseado em algo mais que preferências pessoais dos juízes se, em algum sentido, esses direitos morais existem. A teoria cética ataca o ativismo em suas raízes, argumentando que, de fato, os indivíduos não tem tais direitos morais contra o Estado. Eles têm apenas os direitos jurídicos que a Constituição lhes assegura, e estes direitos se restringem às violações claras e inquestionáveis da moralidade pública que os constituintes devem efetivamente ter concebido ou as que desde então foram estabelecidas por uma sucessão de precedentes”. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 216/217.

⁴³⁴ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 451/452.

autorizada por uma linguagem privada, construída à margem da linguagem pública. Enquanto isso a judicialização, ao ver do autor, pode ser ruim e pode não ser, dependendo dos níveis e da intensidade em que ela é verificada⁴³⁵.

Assim, enquanto a judicialização consiste em transformar o direito legislado em direito aplicado, o ativismo pressupõem uma postura do magistrado a atuar além dos limites determinados no ordenamento. Feita a ressalva o essencial é, então, saber se o juiz pode ou deve assumir um papel ativo e autônomo na elaboração do direito e de que maneira, e em que limites se dará essa colaboração. Até porque, via de regra, toda lei precisa de interpretação judicial, de uma espécie de juízo de validação do Judiciário para que se tenha como efetivamente em vigor. Assim, a participação dos juízes na criação do direito varia, significativamente, conforme o tipo de norma que se trata de interpretar, aplicar e desenvolver⁴³⁶.

⁴³⁵ Isso porque, Streck entende que sempre existirá algum grau de judicialização (da política) em regimes democráticos que estejam guarnecidos por uma Constituição normativa. O jurista refere que “[...] Por vezes, para a preservação dos direitos fundamentais, faz-se necessário que o Judiciário (ou os Tribunais Constitucionais) seja chamado a se pronunciar, toda vez que existir uma violação por parte de um dos Poderes à Constituição. Portanto, a judicialização decorre de (in)competência — por motivo de inconstitucionalidades — de poderes ou instituições. A questão da judicialização (da política), portanto, está ligada ao funcionamento (in)adequado das instituições, dentro do esquadro institucional traçado pela Constituição. Quanto maior a possibilidade de se discutir, no âmbito judicial, a adequação ou não da ação governamental lato sensu com relação aos ditames constitucionais, maior será o grau de judicialização a ser observado. Por isso que afirmo, como já o fiz em outras oportunidades, que a judicialização é contingencial. Ela depende de vários fatores que estão ligados ao funcionamento constitucionalmente adequado das instituições. O ativismo judicial, por outro lado, liga-se à resposta que o judiciário oferece à questão objeto de judicialização. No caso específico da judicialização da política, o ativismo representa um tipo de decisão na qual a vontade do julgador substitui o debate político (seja para realizar um pretensão “avanço” seja para manter o status quo). Assim, de uma questão que sofreu judicialização pode-se ter como consequência uma resposta ativista, o que é absolutamente ruim e censurável numa perspectiva de democracia normativa. Todavia, é possível afirmar que existem casos de judicialização nos quais a resposta oferecida pelo judiciário é adequada à Constituição, concretizadora de direitos fundamentais e/ou procedimentos guarnecedores da regra democrática e que, portanto, não pode ser epitetada de ativista. Afinal, [...], há situações em que a jurisdição constitucional deve ser agressiva no sentido da garantia dos direitos fundamentais.” STRECK, Lenio Luiz. O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo? *In* Senso Incomum, CONJUR. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo>>. Acesso em: 07 jan. 16.

⁴³⁶ Para esta afirmação importante a lição que se extrai em Darci Guimaraes Ribeiro, para quem o “*mundo jurídico*” é algo distinto do “*mundo do Direito*”, por diversas razões, dentre elas porque no ‘*mundo jurídico*’ a norma que regula a conduta das pessoas é *abstrata e indeterminada*, enquanto que no ‘*mundo do direito*’ ela é *concreta e determinada*. A acepção decorre do entendimento de que “o direito subjetivo é, sem dúvida, uma técnica que o legislador utiliza para tornar efetivo o enunciado contido em uma norma jurídica [...] na fase anterior ao processo não existe propriamente *direito subjetivo mediato*, mas somente *direito subjetivo imediato*. O direito subjetivo

Consoante magistério de Larenz tem-se que, quando decide, todo juiz sempre cria direito⁴³⁷, ou seja, que somente em uma época que identifique o Direito com a lei e esta com a vontade do legislador (assim como uma concepção instrumental do Direito ou uma concepção para a qual valem mais a segurança jurídica e a calculabilidade das resoluções do que a justiça), é que haverá a possibilidade de redução da faculdade do juiz em relação à interpretação das leis ou mesmo a negar o desenvolvimento aberto do Direito⁴³⁸.

Aliás, a pergunta sobre a possibilidade de os juízes criarem o direito foi recentemente avivada por Pérez Luño⁴³⁹ que identificou oito atitudes teórico-jurídicas sobre o sentido de criar: 1) criar como demiurgia; 2) criar como manifestação do arbítrio judicial; 3) criar como capacidade para produzir normas a partir do direito natural ou do direito das coisas; 4) criar como capacidade de integração normativa; 5) criar como capacidade para completar o processo normativo; 6) criar como capacidade excepcional para produzir normas; 7) criar

'mediato', como costuma ser concedido pelos autores, não é mais que uma **vantagem objetiva**: é uma **vantagem** porque o ordenamento jurídico, através de sua função principal de hierarquizar os interesses em sociedade, favorece o interesse de uma pessoa em detrimento de outra; e é **objetiva** porque está prevista no próprio ordenamento jurídico". Assim, "[...] o direito existe para realizar-se, com anterioridade à sentença não pode existir '*direito subjetivo mediato*', porque antes dela sua realidade é questionável e sua realização depende exclusivamente da vontade das pessoas é uma regra social de conduta [...] o direito subjetivo mediato sem uma sentença que obrigue as partes a realiza-lo é '*um fantasma de direito, meras palavras e nada mais*'. [...] Com estas afirmações não queremos dizer que o juiz possa, ao seu arbítrio, criar o 'direito subjetivo mediato' pois, quando analisamos a função judicial do ordenamento jurídico, e indicamos que a sentença é objetivamente coercitiva, estamos afirmando, juntamente com HECK, que 'la misión del juez no es crear a su arbítrio un nuevo ordenamiento jurídico, sino cooperar a la realización de ideales previamente establecidos, dentro de un ordenamiento jurídico dado', onde este ordenamento jurídico serve de limite para a atuação do juiz". RIBEIRO, Darci Guimarães. *Perspectivas epistemológicas do direito subjetivo*. In: Revista da AJURIS – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul. Ano 38, nº 121. Porto Alegre: AJURIS, 2011.

⁴³⁷ Também são autores que entendem que o direito pode ser criado por normas individuais (entendidas como aquelas criadas pelo Poder Judiciário): KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2005 (p. 191 e segs); SICHES, Recásens. *Experiencia jurídica de la cosa y lógica razonable*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008 (p. 489); PONTES DE MIRANDA, Francisco Calavcanti. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2. ed. Tomo IV. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. (p. 231/232); GOLDSCHMIDT, Werner. *Introducción al derecho (estructura del mundo jurídico)*. Madrid: Aguilar, 2001 (p. 171); COUTURE, J. Eduardo. *Introdução ao Estudo de Processo Civil*. Rio de Janeiro: José Kofino Editor, 1970 (p. 75); CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. Trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999, (p.70); dentre outros.

⁴³⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 521.

⁴³⁹ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *¿Qué significa Juzgar?* In: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, no 32, 2009. (p. 157/157).

como faculdade para escolher o significado negativo; e 8) criar como possibilidade de produzir normas individuais.

Já Mauro Cappelletti ressalta que a ideia de que os juízes efetivamente criam o Direito remonta a períodos históricos democráticos⁴⁴⁰. Segundo Kaufmann e Hassemer a aplicação do direito é também um trabalhar criativamente a lei. A lei é apenas a possibilidade do direito. Só na aplicação ao caso concreto ela se torna direito real. O direito é histórico. À margem do processo metódico de descoberta do direito aplicável não pode existir uma correção objetiva do direito⁴⁴¹.

Em Kelsen já havia a ideia de que o direito é criado no exercício da atividade jurídica nos Tribunais:

A função criadora do Direito dos Tribunais é especificamente manifestada quando a decisão judicial tem o caráter de um precedente, ou seja, quando a decisão judicial cria uma norma geral. Onde os Tribunais estão autorizados não apenas em aplicar o Direito substantivo preexistente nas suas decisões, mas também criar o Direito novo para casos concretos, existe uma compreensível tendência de se dar a essas decisões judiciais o caráter de precedentes. Dentro de tal sistema jurídico, os tribunais são órgãos legislativos exatamente no mesmo sentido em que o órgão é chamado legislativo no sentido mais restrito e comum do termo⁴⁴².

⁴⁴⁰ Ilustra o autor que na mensagem enviada ao Congresso Americano, no ano de 1908, o presidente dos Estados Unidos Theodore Roosevelt assim se manifestou: "Os principais criadores do direito [...] podem ser, e frequentemente são, os juízes, pois representam a voz final da autoridade. Toda a vez que interpretam um contrato, uma relação real [...] ou as garantias do processo e da liberdade, emitem necessariamente no ordenamento jurídico partículas dum sistema de filosofia social; com essas interpretações, de fundamental importância, emprestam direção a toda atividade de criação do direito. As decisões dos tribunais sobre questões econômicas e sociais dependem da sua filosofia econômica e social, motivo pelo qual o progresso pacífico do nosso povo, no curso do século XX, dependerá em larga medida de que os juízes saibam fazer-se portadores duma moderna filosofia econômica e social, antes que de superada filosofia, por si mesma produto de condições econômicas superadas." CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 5.

⁴⁴¹ KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 315/316.

⁴⁴² KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 216. Entretanto, Kelsen admitia a tese da discricionariedade judicial. Segundo o autor existe uma relativa indeterminação do ato de aplicação do direito na medida em que "tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. [...] A questão de saber qual é, dentre as

Noutro norte, Luigi Ferrajoli ao formular a tese do constitucionalismo garantista (normativo) não admite que os juízes possam criar o direito. Segundo o autor, os juízes somente podem atuar dentro da esfera ilegítima da política, aplicando ou não o direito de acordo com sua constitucionalidade, eis que a tarefa do magistrado é garantir e concretizar os direitos positivados. Assim os juízes, na teoria de Ferrajoli, encontram-se vinculados a letra da lei, sobretudo da Constituição⁴⁴³.

Segundo Ferrajoli

Em suma, bem mais do que no modelo principialista e argumentativo – que confia a solução das aporias e dos conflitos entre direitos à ponderação judicial, enfraquecendo, assim, a normatividade das Constituições e a fonte de legitimação da jurisdição –, o paradigma garantista do constitucionalismo rígido exige que o Poder Judiciário seja o mais limitado e vinculado possível pela lei e pela Constituição, conforme o princípio da separação dos poderes e a natureza quanto mais legítima mais cognitiva – e não discricionária – da jurisdição. Os juízes, com base neste paradigma, não ponderam normas, mas sim as circunstâncias fáticas que justificam ou não sua aplicação. Eles não podem criar e nem ignorar as normas, o que implicaria numa invasão no campo da legislação, mas somente censurar sua invalidade por violação à Constituição, anulando-as no âmbito da jurisdição constitucional, ou, então, suscitando exceções de inconstitucionalidade no âmbito da jurisdição ordinária; em ambos os casos, intervindo, assim, não na esfera legítima, mas na esfera ilegítima da política. Na verdade, a legitimidade da jurisdição se funda, ao meu ver, sobre o caráter mais cognitivo possível da subsunção e da aplicação da lei, dependente por sua vez – bem mais do que pela formulação como regra – do grau de taxatividade e de determinação da linguagem legal; enquanto a indeterminação

possibilidades que se apresentam nos quadros do direito a aplicar, a *correta* não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao direito positivo, não é um problema da teoria do direito, mas um problema de política do direito. A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica às únicas leis justas (certas). Assim como da Constituição, através da interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas respostas corretas” (p. 388/394). Cárcova bem resume: o grande jurista do século XX criticou as estes que se inspiraram na doutrina de Montesquieu e defendeu a criatividade interpretativa do juiz coo ato complexo em que se conjugam conhecimento e vontade, criação e aplicação da lei, isto é, pensou a norma como um marco aberto de possibilidades: o juiz conhece a multiplicidade de opções que ela lhe oferece para, então, dar conteúdo a sua sentença, criando, assim, uma solução *ad hoc*, na medida em que escolhe sua opção”. CÁRCOVA, Carlos M. *¿Qué hacen los jueces cuando juzgan? In Las teorías jurídicas post positivistas*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009, p. 10.

⁴⁴³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria geral do garantismo*. Trad. de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

normativa e a conseqüente discricionariedade judicial são sempre um fator de deslegitimação da atividade do juiz.⁴⁴⁴

Todavia, tem-se que a finalidade da lei democraticamente produzida não é outra senão criar a diretriz a conduzir o magistrado quando da prolação da decisão judicial⁴⁴⁵:

[...] a finalidade da lei é criar para as pessoas uma regra de conduta mais segura ao mesmo tempo que vale como diretriz ao juiz quando este é chamado a criar o direito para o caso concreto, vale dizer, uma vez que a regra de conduta esteja positivada no ordenamento jurídico ela pode, de forma mais direita, determinar e influir nas condutas das pessoas em sociedade, e ao mesmo tempo servir de pauta para que o juiz crie, frente a um caso concreto, o direito através de uma norma individual⁴⁴⁶.

Sendo a lei sempre dependente da realidade social que busca ordenar e a ela funcionalmente se vincula, objetivando emprestar-lhe segurança através da predeterminação de modelos⁴⁴⁷, de se inferir que nem sempre legislador conseguirá

⁴⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 53.

⁴⁴⁵ Ao ver de Garapon a legislação não se confunde com o Direito na medida em que não é mais tão essencial ou mesmo eficiente para guiar um juiz em suas decisões. Para o autor o juiz deve apelar para fontes externas antes de proferir suas sentenças: “A lei não se confunde mais com o direito: ela ainda guarda, certamente, uma importância essencial, mas não pode mais pretender fundamentar sozinha, todo o sistema jurídico [...] Este descrédito da lei deve-se principalmente à sua forma: a lei parece anacrônica no limiar “mundo tecnológico”: não se pode mais dela admitir um espírito abstrato, rígido, uniforme, que condena um direito doutrinal, afastado da realidade. O recurso à regulamentação legislativa, da qual o político usa e abusa, ameaça exaurir o sistema jurídico. É preciso que o direito reencontre sua elegância não apenas com um conjunto de regras mas também com um conjunto de princípios”. GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 40.

⁴⁴⁶ RIBEIRO, Darcy Guimarães. *Perspectivas epistemológicas do direito subjetivo*. In: Revista da AJURIS – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Ano 38, nº. 121. Porto Alegre: AJURIS, 2011.

⁴⁴⁷ Calmon de Passos leciona: “a convicção de que o Direito é importante para conformar a vida social, só lhe cumprindo a função de compor conflitos que nela se configurarem, quando irresolvidos por meios socialmente institucionalizados e admissíveis. Porque assim é, relaciona-se necessariamente a determinada organização política da convivência humana, se não formais exato dizer-se que esta é que lhe define o conteúdo, resultado do efetivo confronto das forças sociais que esse grupo organizado operam. *O processo de produção do Direito*, por conseguinte, é sempre dependente da realidade social que busca ordenar e a ela funcionalmente se vincula, objetivando emprestar-lhe segurança, mediante a predeterminação e instucionalização de modelos ou esquemas de solução de conflitos coercitivamente aplicáveis aos casos concretos. *A produção do Direito, portanto, sempre foi reservada, e sempre o será, aos que, no grupo, se mostrem aptos a monopolizar o uso legítimo da força*. Tenham sido eles os chefes de família gregos ou romanos, o patriarcado ou a aristocracia, a burguesia ou os estamentos burocráticos

abarcam todos os acontecimentos futuros, especialmente na sociedade contemporânea multicultural como a nossa. Tal perspectiva acarretará lacunas legislativas a serem preenchidas pelo juiz⁴⁴⁸.

Nesse contexto, o juiz transformou-se no mais importante ator do cenário sócio jurídico, passando a ser protagonista da realidade que lhe é imposta pela democracia:

Os juízes desenvolveram uma abordagem particular da interpretação jurídica formando e aperfeiçoando uma teoria política sensível a essas questões, de que dependerá a interpretação em casos específicos, e chama isso de sua filosofia jurídica. Ela incluirá características estruturais, *que elaborem a exigência geral de uma interpretação e se ajuste à história doutrinal, e afirmações substantivas sobre os objetivos sociais e os princípios de justiça*. A opinião de um juiz sobre a melhor interpretação será, portanto, a consequência de convicções que outros juízes não precisam partilhar⁴⁴⁹.

Igualmente para Piero Calamandrei, que afirma que

[...] tão elevada é, na nossa estima, a missão do juiz e tão necessária é a confiança nele depositada, que as debilidades humanas que não se notam ou que se perdoam noutro qualquer funcionário público, parecem inconcebíveis num magistrado... Os juízes são como os que pertencem a uma ordem religiosa. Cada um deles tem que ser um exemplo de virtude, se não quiserem que os crentes percam a fé⁴⁵⁰

dos partidos únicos, se hegemônicos, monopolizarão o processo de produção do Direito". CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 93.

⁴⁴⁸ Sobre a obrigatoriedade das regras públicas Dworkin entende que "[...] tanto quanto possível, o poder do Estado nunca deve ser exercido contra os cidadãos individuais, a não ser em conformidade com regras explicitamente especificadas num conjunto de normas públicas à disposição de todos. O governo, assim como os cidadãos comuns, devem agir segundo essas regras públicas até que elas sejam mudadas, em conformidade com regras adicionais sobre como elas devem ser mudadas, que também são especificadas no conjunto de normas". DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 6.

⁴⁴⁹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 241/242.

⁴⁵⁰ CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. Trad. de Paolo Barile. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 262.

Contemporaneamente, consoante lição de José Igreja Matos, “o desempenho do juiz deve continuar a ser repensado, procurando enquadrar a eficácia e a celeridade da decisão, com a outorga de poderes alargados de gestão e agilidade processual.”⁴⁵¹. Segundo o autor, “assente na necessidade de um procedimento célere, reflecte-se na mutação do tradicional papel do juiz de terceiro imparcial e distante a interveniente activo na gestão do litígio”⁴⁵², sendo que:

Ao juiz impõe-se, assim, um poder-dever de dirigir o processo não apenas zelando pelo cumprimento de normas gerais abstractamente definidas para os distintos tramites processuais mas, sobretudo, impondo ao juiz a responsabilidade de encontrar, de forma criativa, a norma entendida como casuisticamente adequada ao problema causado por cada concreto processo.⁴⁵³

Deste modo, discutir a ressignificação da função judicial, em especial na configuração do direito criado pelos juízes, é algo que torna possível a visualização a necessidade de um novo paradigma interpretativo que crie um novo horizonte, já que não se pode crer que existam respostas *a priori* acerca do sentido de determinada lei que exsurjam de procedimentos ou métodos de interpretação⁴⁵⁴.

Com base o item anterior da pesquisa vislumbrou-se como saída a hermenêutica filosófica que, ao refundar o Direito na tentativa de superar a filosofia

⁴⁵¹ MATOS, José Igreja. *O juiz e o processo civil (contributo para um debate necessário)*. In: Revista Julgar da Associação Sindical dos Juízes Portugueses, nº. 2. Portugal: Coimbra Editora, 2007, p. 125.

⁴⁵² MATOS, José Igreja. *A gestão processual: um radical regresso às raízes*. In: Revista Julgar da Associação Sindical dos Juízes Portugueses, no. 10. Portugal: Coimbra Editora, 2010, p. 104.

⁴⁵³ MATOS, José Igreja. *A gestão processual: um radical regresso às raízes*. In: Revista Julgar da Associação Sindical dos Juízes Portugueses, no. 10. Portugal: Coimbra Editora, 2010, p. 126.

⁴⁵⁴ A lição é extraída de Streck, que propõem uma hermenêutica que “forja-se no interior de duas rupturas paradigmáticas: a revolução do constitucionalismo, que instucionaliza um elevado grau de autonomia do direito, e a revolução copernicana provocada pelo *giro-linguístico-ontológico*. De um lado, a existência da Constituição exige a definição dos deveres substanciais dos poderes públicos, que vão além do constitucionalismo liberal-iluminista. De outro, parece não restar(em) dúvida(s) de que, contemporaneamente, a ‘partir dos avanços da teoria do direito, é possível dizer que não existem respostas *a priori* acerca do sentido de determinada lei que exsurjam de procedimentos ou métodos de interpretação. Nesse sentido, ‘conceitos’ que tenham pretensão de abarcar, de antemão, todas as hipóteses de aplicação, nada mais fazem do que reduzir a interpretação a um processo analítico – caracterizado pelo empego sistemático da análise lógica da linguagem a partir do descobrimento dos vocábulos e dos enunciados, da distinção entre enunciados analíticos e enunciados empíricos e da diferenciação entre fato e valor.” STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 588.

da lei (em especial por fornecer uma blindagem contra interpretações arbitrárias e discricionariedades), não oculta a tensão na assimilação do texto e, com isso, resgata a filosofia *do e no* Direito⁴⁵⁵. Assim a fusão de dois horizontes (hermenêutica jurídica e criação do direito pelos juízes) se justifica com os ensinamentos de Gadamer, para quem interpretar é aplicar, na mesma medida em que torna-se o meio adequado para superação da crise que se instaurou no cenário jurídico. Gadamer propôs em sua teoria uma visão ontológica do intérprete, voltada a consciência histórica incorporada à tradição.

Nesse panorama a história dos efeitos, dos pré-juízos e do nosso estar dentro da tradição assumem relevo especial no ato de interpretar. Opera-se a transcendência, pela qual adquire-se a consciência de que não apenas somos, mas percebemos que somos (*dasein*⁴⁵⁶). E, somos aquilo que nos tornamos pela tradição, pela soma de nossos pré-juízos, facticidades e historicidades de nosso ser-no-mundo e, com isso, o sentido já vem antecipado (noção de círculo hermenêutico).

⁴⁵⁵ Atento ao fato de que os juristas fazem cada vez mais pesquisas na área da Filosofia, fazendo o alerta de que não para transformar a Filosofia em um discurso otimizador do Direito, mas como condição de possibilidade Lenio Streck cunhou a expressão “Filosofia no Direito” e não “do Direito”. Segundo o autor “Na expressão ‘Filosofia no Direito’, o ‘no’ quer dizer o espaço da introdução do ‘mundo’ no Direito. O ‘no’ é ‘ser em’. É condição de possibilidade. Como se sabe, é no conceito de mundo que está a superação dos dualismos metafísicos. É por ele que entra o ‘modo-de-ser-no-mundo’. É por ele que os ‘conceitos plenipotenciários’ do Direito sangram. Em outras palavras: penso que o Direito é um fenômeno bem mais complexo do que se pensa...! Ele não é uma mera racionalidade instrumental, como sempre quiseram as posturas positivistas e seus sucedâneos. Isso implica reconhecer que fazer Filosofia no Direito não é apenas pensar em levar para esse campo a analítica da linguagem ou que os grandes problemas deste estejam na mera interpretação dos textos jurídicos. Isso seria subestimar tanto essa ciência quanto a capacidade reflexiva dos juristas preocupados com um Direito que, fundamentalmente, possui um sentido prático-normativo. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito*. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), janeiro-junho 2009. Unisinos: 2009, p. 67.

⁴⁵⁶ Wilson Engelmann elucida que “a aproximação entre a dimensão existência-ontológica desperta a discussão acerca dos modos e das possibilidades do Dasein no seu ser, ou seja, a constituição ontológica do si-mesmo. Segundo Heidegger, o eu é uma mera consequência que acompanha todos os conceitos. Com ele, nada se representa a não ser um sujeito transcendental dos pensamentos. O eu não deve ser considerado um conceito construído por intermédio da lógica. Pelo contrário, o eu é o sujeito do comportamento lógico, qual seja, da combinação, dito de outra maneira, o eu é um sujeito com capacidade para operar com a lógica, sendo correto dizer que eu penso, significa eu combino. A concepção do eu está lastreada na capacidade de organizar e combinar novas possibilidades. Isso permite referir que o sujeito é consciência em si, não representação. O Dasein é apresentado por Heidegger como o ente privilegiado que conhece o ser. Esse ente privilegiado na relação com o seu ser é permeado pela existência (Existenz), que é definida como sendo o próprio ser o qual o Dasein pode se comportar dessa ou daquela maneira”. ENGELMANN, Wilson. *Direito Natural, Ética e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 98.

Diante disto, a função ontológica do Direito realiza-se via círculo hermenêutico, pivô da hermenêutica filosófica.

Com a hermenêutica filosófica, a lei é tida como base para o direito em si, na medida em que é o resultado da filtragem principiológica⁴⁵⁷ e de elementos sociais históricos. Assim, no processo de aplicação da lei há a possibilidade do progresso do direito, pois há uma constante atualização deste, na medida em que as sociedades não possuem as mesmas idiosincrasias, sendo necessária adequação histórico-social. Esta, via de regra, é realizada pelos juízes e, excepcionalmente, pelos legisladores.

Assim, a contribuição hermenêutica pode (e deve) ser transportada ao ato de julgar. Uma vez que o magistrado se depara com um texto, não pode apenas limitar-se a buscar a intenção do autor ou o significado originário de sua obra. Deve levar em consideração todos os eventos históricos vivenciados tanto pelo autor quanto pelo intérprete da obra. O juiz deve, ao decidir o caso concreto de acordo com as leis vigentes à época, aplicar a lei mediante a imprescindível observância do senso de justiça, mesmo que subjetivamente munido de suas convicções políticas, filosóficas, éticas, dentre outras. Deve, dessa forma, visar à harmonização entre a pré-compreensão do juiz ao caso concreto e o texto legal.

Nesse contexto a hermenêutica filosófica do pensamento gadameriano exsurge como orientação do procedimento de busca à coerente solução do litígio, conferindo o norte de início da tarefa interpretativa com a análise de cada parte e sua adequação à estrutura maior que integra (relação do todo/parte), bem como desta estrutura maior com outra estrutura ainda mais abrangente, e assim sucessivamente. Essa verificação de cada instância jurídica e sua solução ao problema apresentado ao magistrado garante uma análise profunda da demanda.

⁴⁵⁷ De acordo com a perspectiva gadameriana, Lenio Streck afirma que a “legislação democraticamente produzida - e válida – *significa ‘sentido filtrado principiologicamente’*. [...] Entretanto – e este é um ponto fundamental – esse ‘produto democrático’ deverá ser sempre interpretado (o texto só existe na sua norma). E nessa hermenêutica estarão presentes, sempre, *regras e princípios*.” *In: Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 78.

O magistrado deve também considerar o horizonte de sentido proporcionado pelo Estado Democrático de Direito em que a demanda se desenvolve, compreendido como reflexo da mutação social e evolução dos costumes e padrões sociais. Somente com a consideração desse horizonte de sentido é que poderá manifestar posição de abertura às novas argumentações, como reflexo das alterações legislativas e, conseqüentemente, das mudanças na interpretação das normas.

Com isso a hermenêutica filosófica vem a corrigir e dar uma nova consciência filosófica à interpretação das normas positivadas, possibilitando que seja possível formular interpretações passivas sob as quais não entre em jogo a personalidade do intérprete. Embora se espere que os juízes possam convocar os valores políticos da concepção pública, sempre que a constituição, explícita ou implicitamente lhes permitir⁴⁵⁸, a determinação de quem desempenha o cargo de juiz, com que competência o faz e em que circunstâncias exerce o poder jurisdicional, invariavelmente depende das considerações jurídico-políticas das quais esteja inserido.

Entretanto, mesmo com dependência das condições jurídico-políticas das quais esteja inserido, as valorações pessoais do juiz são inaceitáveis. Neste sentido, Jorge F. Malem Seña, afirma que uma “má pessoa”⁴⁵⁹ não poderia ser um bom juiz,

⁴⁵⁸ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Lisboa: Editorial Presença, 1997, p. 229.

⁴⁵⁹ Para definir o que sejam “má pessoa” Jorge F. Malem Seña, trabalha com exemplos do que pode ser considerado “impróprio” nas nossas sociedades. Como o próprio autor alerta, são utilizados apenas para fins pedagógicos e “em todos os casos supõe-se que se trata de juízes que cumprem todos os critérios standard da sua profissão; isto é, têm o seu despacho actualizado, as suas sentenças não postas em causa ou revogadas em maior número de vezes do que as dos colegas, conhecem o Direito suficientemente bem e os advogados não têm demasiadas queixas acerca do expediente que lhes compete decidir. O único aspecto que diferencia estes juízes é a sua vida privada”. (p. 41). Assim, trabalha os casos: do juiz irascível; do juiz cuja vida sexual não é estritamente ortodoxa; da juíza e a bailarina; do juiz homossexual; do juiz adúltero e o juiz que se relaciona com prostitutas; do juiz jogador e o juiz que administra mal o seu património e do juiz com amizades perigosas (delinquentes e racistas), bem como cita como exemplos: “[...] um juiz que não obedecesse à lei como cidadão estaria psicologicamente impedido de obrigar outras pessoas a obedecer-lhe. Um juiz habituado a violar as normas de trânsito dificilmente — deduz-se — sancionaria adequadamente outros que violassem o código da estrada. Para além disso, se uma pessoa condenada ou alguém que tivesse perdido uma causa constatasse que o comportamento do juiz era exactamente igual ao comportamento que tinha justificado a sua condenação, deixaria de crer na justiça e não se lhe sentiria vinculado. Assim, a mensagem reprovadora da sentença perderia a sua força motivadora do ponto de vista pragmático. Um juiz que não cumprisse as suas obrigações relativas à segurança social da sua empregada doméstica,

pelo fato de que essas valorações poderiam ser invocadas ou utilizadas na fundamentação da decisão. Sustenta o Seña que a conduta do magistrado como indivíduo está ligada a força motivante de suas decisões, “não apenas perante o sujeito sobre o qual recai a decisão como também sobre os restantes cidadãos”⁴⁶⁰. Assim, assere o autor que a Justiça não pode estar ligada a estados mentais ou psicológicos de quem a aplica:

A partir deste momento, há que entender a justiça como a aplicação da lei, sem dar importância aos estados mentais ou psicológicos de quem a aplica. Ao sistema jurídico já não interessam os processos pessoais através dos quais o juiz chega a tomar uma decisão, interessa apenas a sua capacidade de tornar expressas as normas que a sociedade democraticamente estabeleceu. [...] Justificar ou fundamentar uma sentença em direito e nos factos é construir um raciocínio válido logicamente onde uma premissa faz referência a uma norma jurídica geral, outra a considerações empíricas que devem aparecer suficientemente baseadas nos factos provados e em que a conclusão é a decisão ou a sentença.⁴⁶¹

Neste mesmo horizonte, leciona Juan Picó y Junoy que o interesse moral ou religioso do juiz pode afastar a objetividade do pensamento do magistrado:

[...] o interesse moral ou religioso, em circunstâncias excepcionais, pode ser de tal transcendência para o julgador que ponha em causa a sua objectividade, pelo que faz sentido a sua substituição. Assim, podemos pensar no caso do juiz que, pertencendo activamente a uma associação religiosa, tem que decidir uma controvérsia que, atendendo em consciência aos postulados da sua crença, terá que a resolver de outra maneira. A este respeito podemos citar o exemplo de um juiz de Málaga, cujas crenças religiosas contrárias ao aborto eram conhecidas, e que foi recusado pelo advogado de um arguido

difícilmente condenaria outra pessoa a cumprir a mesma obrigação. Por sua vez, a empregada doméstica que fosse julgada por isso, perderia a fé na justiça e não se sentiria vinculada ao sistema jurídico-político” (p. 45). SEÑA, Jorge F. Malem. *Podem as “más pessoas” ser bons juízes?* In: Revista Julgar da Associação Sindical dos Juízes Portugueses, nº. 2. Portugal: Coimbra Editora, 2007, p. 31/54.

⁴⁶⁰ SEÑA, Jorge F. Malem. *Podem as “más pessoas” ser bons juízes?* In: Revista Julgar da Associação Sindical dos Juízes Portugueses, nº. 2. Portugal: Coimbra Editora, 2007, p. 46.

⁴⁶¹ SEÑA, Jorge F. Malem. *Podem as “más pessoas” ser bons juízes?* In: Revista Julgar da Associação Sindical dos Juízes Portugueses, nº. 2. Portugal: Coimbra Editora, 2007, p. 38.

acusado por delito de aborto abrigo do interesse indirecto do juiz na causa. Este aceitou o motivo e foi afastado do caso...⁴⁶²

De acordo com Alessandro Raselli, na decisão deve o juiz usar de um prudente arbítrio, devendo, inclusive, distinguir a equidade com “sentido de justiça”, tida como exigência que leva a temperar a norma genérica da lei, e a equidade “geral” ou “social”, determinada por tendências e convicções que se formam na consciência coletiva e podem levar à reprovação de uma norma geral⁴⁶³.

Todas essas conjecturas levam ao aspecto já abordado no item anterior: a contribuição da hermenêutica filosófica para a interpretação, na medida em que supera o mecanicismo da interpretação e do intérprete, o qual passa a realizar o acoplamento entre as normas e fatos que se fundem à compreensão, pré-compreensão e interpretação-aplicação:

Se a verdade objetiva tinha um sentido ontológico (clássico), a verdade hermenêutica terá um sentido ontológico, resultante da diferença ontológica, em que ser e entre não estão cindidos (subjetivismo) nem colados (objetivismo), que dependerão de nossa pré-compreensão. Se nos movemos no mundo a partir de nossa inserção em determinado paradigma, a compreensão (interpretação) que fizemos sobre o direito (para ficar na especificidade) dependerá dessa questão metodológica⁴⁶⁴.

Somente com o auxílio da hermenêutica filosófica (com a filosofia *do* Direito) é que a interpretação reunirá bases para fazer a construção criativa adequada do Direito. A fusão de dois horizontes entre a hermenêutica jurídica e a criação do Direito pelo do juiz só é possível no momento aplicação do direito, pois, com Gadamer, tem-se que interpretar é aplicar. Entretanto, o processo hermenêutico não autoriza interpretações com cargas arbitrárias ou segundo a vontade e o

⁴⁶² PICÓ I JUNOY, Juan. *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y recusación*. Barcelona: Bosch, 1998, p. 25.

⁴⁶³ RASELLI, Alessandro. *Il Potere Descrizionale del Giudice Civile*. Pádua: CEDAM. 1927, p. 208

⁴⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 351.

conhecimento do intérprete⁴⁶⁵. É possível afirmar que a questão fundamental da aplicação da lei passa a ser, então, delimitar o espaço de subjetivismo do intérprete⁴⁶⁶. Isso porque, como se observou no capítulo anterior, deve haver limites no processo interpretativo, a impedir, por exemplo, a utilização de princípios adjetivadores que possibilitam o albergue de qualquer tese como justificadora.

Por esta razão, como refere Luigi Ferrajoli⁴⁶⁷, a motivação permite a fundamentação e o controle das decisões tanto em direito, por violação da lei ou defeito de interpretação ou subsunção, como de fato, por defeito ou insuficiência de provas ou por inadequada explicação do nexo de causalidade e provas. A exigência de fundamentação das decisões judiciais sempre constituiu uma verdadeira garantia contra ativismo⁴⁶⁸ ou até mesmo como elemento essencial de uma ideologia democrática da justiça (através da possibilidade de controle do exercício do Poder Judiciário fora mesmo do contexto processual, por parte do povo e da opinião pública em geral, dentro de uma concepção democrática de poder⁴⁶⁹).

Para Jorge F. Malem Seña, o dever de fundamentação das sentenças assume até mesmo o condão de disciplinar a tarefa dos juízes:

⁴⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 467.

⁴⁶⁶ Martín Haeblerlin refere que “A questão fundamental da aplicação da lei, sob o espectro da psicanálise, passa a ser, então, saber até onde o juiz que decide é o juiz da ‘história contada’ e em que momento entra em cena o poder de decisão de sua ‘outra história’. Vale dizer, se podemos delimitar o espaço de subjetivismo do intérprete que torna a sua decisão um reflexo de sua imagem. O viés da desconstrução psicanalítica da imparcialidade do juiz permite-nos dizer, enfim, que o juiz ‘da outra história’ deve aprender a contar a sua história e ser, com isto, o juiz do ego, que é o juiz da razoabilidade e do bom senso”. Já em contraponto, para o autor “o juiz que olvida a realidade e, na interpretação, absorve só a si mesmo, interpreta mal por agir como um Narciso que, cheio de si, afoga o sistema jurídico em lágrimas por lhe deixar vazio; todavia, numa sentença não menos verdadeira, o juiz que fica alheio à busca constante pela justiça e interpreta com a desculpa de preservar uma quimérica imparcialidade, interpreta mal porque a cada exegese corrupta do substancialismo axioprincipiológico do sistema jurídico deixa sua imagem semelhante àquela também narcísica do personagem de Oscar Wilde e vai distorcendo aos poucos a alma do Direito no retrato da Vida”. HAEBERLIN, Martín Perius. *O juiz e a outra história: uma abordagem do princípio da imparcialidade a partir dos problemas de subsunção*. Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (Ajuris). v. 33, n. 104. Porto Alegre: Ajuris, dez. 2006.

⁴⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria geral do garantismo*. Trad. de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 623.

⁴⁶⁸ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Do arbítrio à razão: reflexões sobre a motivação da sentença*. In: Revista de Processo, nº 29, ano VIII, jan-mar, 1983, p. 80.

⁴⁶⁹ TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova, 1975, p. 273.

[...] dever de fundamentação das sentenças instituiu-se para dar resposta à necessidade de disciplinar a tarefa dos juízes, face à lógica imposta pela construção de um novo Estado, e não em virtude de uma suposta garantia dos direitos dos cidadãos. Havia que limitar a discricionariedade e o arbítrio judicial e obrigar os juízes a aplicar efectivamente o novo direito legislado pelas autoridades liberais. O respeito pelo princípio da legalidade surgia assim como uma necessidade imposta pelo novo estado liberal o qual, aceitando a tripartidarização dos poderes, situa o parlamento e a lei num plano superior ao da figura do juiz e das sentenças. Um caminho apropriado para fazer isto era compeli-los a fundamentar as suas decisões.⁴⁷⁰

É por isso que José Joaquim Calmon de Passos atribui a máxima relevância ao dever de fundamentar quando é proferida a decisão. Afirma o autor que decidir sem fundamentar iguala-se ao cometimento de um crime:

Decidir sem fundamentar é incidir no mais grave crime que se pode consumir num Estado de Direito Democrático. Se a fundamentação é que permite acompanhar e controlar a fidelidade do julgador tanto à prova dos autos como às expectativas colocadas pelo sistema jurídico, sua ausência equivale à prática de um ilícito e sua insuficiência ou inadequação causa de invalidade. E desta exigência não pode fugir nem mesmo os que se tornam “a voz da constituição”, que, incapacitada de comunicar-se diretamente, está condenada a ser mero boneco ventríloquo.⁴⁷¹

A noção de bem fundamentar uma decisão também pode ser extraída dos ensinamentos do jusfilósofo Ronald Dworkin ao referir que, quando se trata da interpretação do Direito (elemento essencial à atividade de todo jurista), é necessário construir uma teoria da responsabilidade que incida sobre os argumentos esgrimidos por essa mesma interpretação e que possa servir para confrontar o intérprete nos seguintes sentidos: “Discordo de você, mas reconheço a integridade do seu argumento, pois reconheço a sua responsabilidade moral”, ou “Concordo com você, mas você não foi responsável na formulação de seu argumento. Você atirou uma moeda para o alto ou acreditou naquilo que você ‘ouviu dizer’. Você não reconstruiu

⁴⁷⁰ SEÑA, Jorge F. Malem. *Podem as “más pessoas” ser bons juízes?* In: Revista Julgar da Associação Sindical dos Juizes Portugueses, n.º 2. Portugal: Coimbra Editora, 2007, p. 37.

⁴⁷¹ CALMON E PASSOS, José Joaquim. *O magistrado, protagonista do processo jurisdicional?* In Revista Brasileira de Direito Público (RBDP). Belo Horizonte, ano 7, n.º 24, p 9/17, jan/mar 2009.

toda a cadeia argumentativa, nem confrontou seus argumentos com os argumentos opostos. Não passa de um acidente que você tenha chegado à verdade”⁴⁷². Do que se extrai que dentre as tarefas do magistrado indubitavelmente está a explanação das razões que o levaram a optar por uma delas.

Habermas já fazia este alerta ao afirmar que a democracia pressupõe a exigência de igualdade de aplicação do direito, de sorte que, tudo que não for igualitário deve ser fundamentado:

Esta consequência se expressa juridicamente através da exigência de igualdade de tratamento, a qual inclui a igualdade de aplicação do direito, isto é, a igualdade também ao princípio amplo da igualdade do conteúdo do direito, segundo o qual aquilo que é igual sob aspectos relevantes deve ser tratado de modo igual e aquilo que não é igual deve ser tratado de modo não-igual. No entanto, é necessário fundamentar aquilo que pode ser tido como aspecto relevante⁴⁷³.

Vittorio Colesanti afirma que “a garantia da motivação representa a derradeira manifestação do contraditório, no sentido de que o dever imposto ao juiz de enunciar os fundamentos do seu convencimento traduz-se no de considerar os resultados do contraditório, e, ao mesmo tempo, de certificar que o *iter* procedimental se desenvolveu mediante a marca da (possível) participação dos interessados.”⁴⁷⁴

Entretanto, como Ernildo Stein adverte: “Não se trata simplesmente de um trabalho comparativo para ver quem tem as melhores razões, mas de trazer razões que se apresentem como comprovadas e por isso levem os interlocutores a ver a mesma qualidade nas razões que apresentamos e, portanto, terminam aceitando

⁴⁷² Na resenha de seu último livro, *Justiça para ouriços*, Ronald Dworkin introduz sua obra afirmando que valor é uma grande coisa: “a raposa sabe muitas coisas, mas o ouriço sabe uma coisa muito importante. O valor é uma coisa muito importante” e, para defender sua tese da unidade de valor, reivindica o ponto de vista do ouriço, lançando mão dos questionamentos aqui referidos. DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Trad. de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012.

⁴⁷³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a factividade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebneichler. Rio de Janeiro: tempo Brasileiro, 1997, p. 153.

⁴⁷⁴ COLESANTI, Vittorio. *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*. Rivista di diritto processuale. Padova: Cedam, 1975, p. 612.

nossos argumentos”⁴⁷⁵. O problema da fundamentação, segundo Michele Taruffo⁴⁷⁶, decorre de dois fatores: o primeiro, é a ausência de confrontação pela doutrina; e o segundo, quando há a confrontação pela doutrina, relaciona-se à natureza e à estrutura da decisão judicial.

Assim, se extrai que o juiz intérprete não está desonerado de elaborar discursos de aplicação. Como Taruffo⁴⁷⁷ leciona: “se não queremos perder definitivamente o contato com a realidade que pretendemos tratar e se não desejamos permanecer envoltos numa espiral de solipsismo auto referencial, teremos necessariamente que encontrar o modo de participar na circulação ilimitada das ideias e nesta dimensão globalizada do mundo”. E, com a hermenêutica há um efetivo controle da interpretação, onde os princípios passam a ocupar espaço privilegiado.

Os princípios podem ser vistos como uma forma de limitar a interpretação, sem que sejam subvertidos em *capas de sentido* ou meros standards linguísticos, pois os princípios jurídicos servem para aniquilar o poder discricionário⁴⁷⁸, não para

⁴⁷⁵ STEIN, Ernildo. *Inovação na Filosofia*. Ijuí: Editora Unijuí, 2011, p. 39. Nesse norte, José Mouraz Lopes, chega a afirmar que “o modo como é produzida a decisão, o modo como é fundamentada, o modo como é transmitida de forma a tornar claro o que tem que ser claro e compreendido, para poder ser aceite, deve ser objecto de tratamento sistematizado num processo de formação dinâmico e adequado que se exige a um juiz”. Com isso o autor advoga a ideia de que numa sociedade democrática de direitos, a resposta da a função judicial exige uma magistratura com uma grande capacidade de exercício profissional, razão pela qual o processo de formação dos magistrados deve se expandir para além de uma formação inicial, abarcando o cumprimento de um conjunto de princípios inalienáveis que vão desde a garantia da imparcialidade e independência, à cultura de garantia, à globalização e ao pluralismo, à inovação, à argumentação e ao convencimento. LOPES, José Mouraz. *Formação de juízes para o século XXI: formar para decidir. Formar para garantir*. In: Revista Julgar da Associação Sindical dos Juizes Portugueses, nº 4. Portugal: Coimbra Editora, 2007, p. 133/158.

⁴⁷⁶ TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova, 1975, p. 3.

⁴⁷⁷ TARUFFO, Michele. *Aspetti Fondamentali del processo civile di Civil Law e di Common Law*. Padova, 1994, p. 44.

⁴⁷⁸ HOMMERDING, Adalberto Narciso e MOTTA, Francisco José Borges. *Princípios e Regras: um problema epistemológico ou hermenêutico*. In Anais do III Congresso de Direito, Multiculturalismo e Cidadania – I Encontro Regional de Antropologia e Direito. Santo Ângelo: FURI, 2009, p. 12. A discricionariedade aqui criticada é entendida, conforme a lição de Streck: “esta que transforma os juízes em legisladores. Isso enfraquece a autonomia do Direito conquistada, principalmente, no paradigma do Estado Democrático de Direito. Combater a discricionariedade não significa dizer que os juízes não criam Direito (sem olvidar o relevante fato de que, no mais das vezes, a discricionariedade se transforma em arbitrariedade, soçobrando, assim, o direito produzido democraticamente. [...] A crítica à discricionariedade judicial não é uma proibição de interpretar. Ora, interpretar é dar sentido (Sinnggebung). É fundir horizontes. E o Direito é um sistema de regras e princípios, comandado por uma Constituição. Que as palavras da lei (lato sensu) contêm

fomentá-lo, servem para preservar a autonomia do direito, não para enfraquecê-la. Ou seja, quando o Direito é aplicado, não podemos olvidar dos princípios, tampouco aceitar que eles sejam qualquer moral.

Persiste, então, a necessidade de uma justificação moral⁴⁷⁹ abrangente para a teoria jurídica. O Direito não ignora a moral, pois o conteúdo de seus princípios depende dessa informação, ou seja, depende da moralidade instituída no Direito. Entretanto, ao contrário do Direito, a moral não tem força normativa, cogente. Com isso, a moral não pode servir como corretiva do direito, como propõem a tese da ponderação, ao cingir regras e princípios. Ao contrário, considerando que o argumento dos princípios busca resgatar a efetividade moral e manter a coerência e integridade do Direito⁴⁸⁰, o modo de se analisar os princípios deve ser entendido sob

vaguezas e ambigüidades e que os princípios podem ser – e, na maior parte das vezes, são – mais abertos, em termos de possibilidades de significado, não constitui nenhuma novidade. O que deve ser entendido é que a aplicação desses textos (isto é, a sua transformação em normas) não depende de uma subjetividade assujeitadora (esquema sujeito-objeto), como se os sentidos a serem atribuídos fossem fruto da vontade do intérprete, dando razão a Kelsen (1987), para quem a interpretação a ser feita pelos juízes é um ato de vontade (sic)”. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito*. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), janeiro-junho 2009. Unisinos: 2009, p. 65/77. Todavia, para maiores delimitações conceituais acerca das ideias trabalhadas no estudo sobre ativismo, discricionariedade e judicialização, verificar a abordagem no item 3.2 da pesquisa.

⁴⁷⁹ A ideia de moral que o texto trabalha é a exposta no trabalho de Habermas e Dworkin. Ao trabalhar a cooriginalidade entre moral e Direito, Habermas diz que a moral não está suspensa no ar, mas sim, opera no direito pela positivação dos direitos (fundamentais). Com isso sustenta a ideia de que é a própria comunidade que deve decidir acerca das questões sensíveis em termos da moral e da política, ou seja, deve primeiro haver o foco o incremento dos instrumentos de participação par depois haver a preocupação com o resultado efetivo do processo democrático. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a factividade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Já em Dworkin a compreensão do que seja moral é fruto de uma controvérsia sobre qual a melhor interpretação substancial para valores como democracia, presunção de inocência, liberdade, etc. E a teoria de Dworkin preocupa-se em dar conta da controvérsia que existe no momento da interpretação desses conceitos abstratos, de modo a aparecer a melhor interpretação. E como a melhor interpretação implica uma valoração, o argumento construído a partir daí ser posicionado, necessariamente, em um horizonte moral. Dworkin vê a concepção tradicional, em que a moral e o direito figuram em esferas de pensamento distintas, como insatisfatória. Para o autor o direito é um segmento da moral, não algo separado dela. Há assim uma interconexão entre o direito e a moral em Dworkin. E, como não há separação entre o direito e a moral (ou mesmo vinculação) não se pode colocar a moral como corretiva do direito. DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes. 2010

⁴⁸⁰ A noção de integridade do Direito é extraída da obra de Ronald Dworkin, em especial no livro *O império do Direito*. Para Dworkin uma teoria filosófica do direito deve começar por um certo entendimento da prática jurídica como um todo, buscando identificar as verdadeiras proposições de direito interpretando os dados jurídicos de modo construtivo, com a finalidade de ajustar os dados e justificá-los. Os conceitos políticos fundamentais que devem ser explorados são os que remetem a imparcialidade processual (dimensão de ajuste) e à justiça substantiva (dimensão da justificação). A teoria integrativa não visa a reformulação da prática judiciária, mas sim adequar problematização dos não-ditos (que por não terem sido ditos não foram tematizados) que acabam

a ótica pragmático-semântica, não podendo ser determinado pelo seu grau de abstração, sob pena de ser transformado em cláusula geral.

Dworkin acredita que os princípios morais⁴⁸¹ desempenham um importante papel no raciocínio jurídico, na medida em que estão presentes nas explicações dos juízes sobre o porquê de o direito ser o que eles afirmam, devendo sempre considerar a importância que assumem perante a comunidade para ter aceitação ampla e consensual. Dessa forma, por albergarem a identidade, o caráter e a relevância dos princípios subjazem a comunidade, tais argumentos jurídicos são controvertidos na moral da comunidade e, com isso, acabam por afastar a opinião pessoal de qualquer jurista ou juiz acerca de suas próprias convicções sobre a

sustentando a prática e os modos-de-ser dos intérpretes/operadores do direito. O direito como integridade supõe que as pessoas tenham direito a uma extensão coerente, e fundada em princípios, das decisões políticas do passado, mesmo quando os juízes divergem profundamente sobre seu significado. Trata-se de compreender o direito como totalidade (completeza) sustentando que as pessoas tenham como pretensões juridicamente protegidas todos os direitos que são patrocinados pelos princípios que proporcionam a melhor justificativa da prática jurídica como um todo. A sustentação da teoria integrativa pauta-se em duas exigências, melhor dito, em dois princípios: o princípio da integridade na legislação (que pede aos que criam direito por legislação sejam coerentes quanto aos princípios) e o princípio da integridade de julgamento (que pede aos responsáveis por decidir o que é a lei que a vejam e façam cumprir com coerência, inclusive ao próprio passado do tribunal). Na verdade, o direito como integridade pede que os juízes admitam que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, equidade e devido processo legal, competindo-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. E isso exigira que o juiz ponha a prova sua interpretação da decisão política da comunidade, perguntando-se se a sua interpretação poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse o todo. DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 2002. Segundo André Karam Trindade: “Para Dworkin [...], a integridade é uma das principais virtudes que caracterizam a sociedade democrática, exigindo que as leis não sejam resultado de concepções de justiça subjetivas ou contraditórias, mas se mostrem coerentes, tendo em vista que os atos de coação estatal dever ser justificados de acordo com princípios: ‘[...] a integridade é a chave para a melhor interpretação construtiva de nossas práticas jurídicas distintas e, particularmente, do modo como nossos juízes decidem os casos difíceis nos tribunais’ [...]. E, aqui, Dworkin [...] apresenta uma importante distinção relativa às duas formas de integridade: de um lado, a integridade na legislação, que ‘restringe aquilo que nossos legisladores e outros partícipes da criação do direito podem fazer corretamente ao expandir ou alterar nossas normas públicas’; de outro, a integridade na deliberação judicial, mediante a qual se requer que, até onde seja possível, ‘nossos juízes tratem nosso atual sistema de normas públicas como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios e, com esse fim, que interpretem essas normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas’”. TRINDADE, André Karam. *Hermenêutica e jurisprudência: o controle das decisões judiciais e a revolução copernicana no Direito processual brasileiro*. In: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), setembro-dezembro 2015, p. 243-252, p. 250.

⁴⁸⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 2002.

⁴⁸¹ A leitura moral dos princípios em Dworkin é uma leitura principiológica que sempre será favorável aos direitos. Por isto os juízes, ao ver do autor, sempre devem considerar os princípios (como argumentos morais para defender direitos) e não as políticas nas decisões. DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 2002.

moralidade pessoal e política⁴⁸². Com este pensar o jurista americano afirma que deve-se tratar a teoria jurídica como uma parte especial da moral política, pois:

[...] ela nos estimula a considerar as questões de teoria do direito como questões morais a respeito de quando, até que ponto e por qual motivo as decisões coletivas dotadas de força cogente e as convenções especializadas devem ter a última palavra em nossas vidas. Deixaríamos de duvidar que a justiça tem um papel a desempenhar na determinação do que é o direito. Poderíamos, então, nos concentrar na questão mais complexa e importante de saber, exatamente, que papel é esse.⁴⁸³

Todavia a justificação moral não pode significar que o Direito seja tomado por moralismos pessoalistas. Com já referido o Direito não ignora a moral, entretanto também não é única e exclusivamente moral ou mesmo sociologia. Direito é um conceito interpretativo. É aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões e ele relativas encontram, necessariamente, respostas nas leis, nos princípios (em especial nos proclamados pela carta constitucional), nos regulamentos, e não na vontade do aplicador.

Na verdade, o Direito presta legitimidade à política⁴⁸⁴ enquanto tenha o papel de limitar a política em prol dos direitos das minorias, definir os limites das decisões contra majoritárias. Na medida em que as regras de uma democracia obtém sua legitimidade a partir do voto da maioria, são os próprios indivíduos que

⁴⁸² DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes. 2010, p. 48.

⁴⁸³ DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes. 2010, p. 51.

⁴⁸⁴ Tendo em vista que a cisão entre direito e política se mostra impraticável, na medida em que a atividade judicial é fonte de direito (politização do Direito) e, consoante leciona Habermas: o Poder judiciário não pode pretender nenhum lugar neutro fora do jogo político. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a factividade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 330. Conforme lição de Warat, a democracia, como sentido de uma forma de sociedade, depende de uma prática política (que não exclui a dimensão do sentido), capaz de transgredir a massa simbólica que faz do indivíduo escravo da heteronomia instituída. Este progresso transgressivo precisa, inclusive, subverter as difusas ideias que, na versão instituída da sociedade operam como um uso definitório e alienado do sentido da democracia. *A democracia, como sentido de uma forma social, não depende de nenhum sentido consagrado porque ela é, antes de mais nada, a dinâmica de uma imaginação produtiva, criadora e incerta, que ao mesmo tempo concretiza espaços de resistência e transgressão frente a um universo simbólico-institucional, que transforma a política em manipulação opressora, a economia em forma de exploração, o saber numa magia alienada que altera as práticas de construção das verdades em pretensas práticas de domínio absoluto, e os desejos em respostas parasitárias a um consumo sem necessidade*. WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito III: o Direito Não Estudado Pela Teoria Jurídica Moderna*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 72/73.

produzem a validade normativa através de um ato de livre assentimento, de sorte que o Direito é mantido pela política, e a política é a responsável pelos problemas que atingem a sociedade em um todo, por intermediação do Direito⁴⁸⁵.

Com o processo político é que emerge a legitimação do Direito, tornando a ordem jurídica legítima e assegurando a autonomia privada dos cidadãos que compõe a sociedade democrática, consoante lição de Habermas:

*[...] a produção de direito legítimo e através das quais se reproduz, voltam-se para as estruturas abstratas de reconhecimento mútuo, as quais formam uma espécie de pele que cobre, através do direito legítimo, a sociedade geral. Uma ordem jurídica é legítima na medida em que assegura a autonomia privada e a autonomia cidadã de seus membros, pois ambas são co-originárias; ao mesmo tempo, porém, ela deve sua legitimidade e formas de comunicação nas quais essa autonomia pode manifestar-se e comprovar-se. A chave da visão procedimental do direito consiste nisso.*⁴⁸⁶

⁴⁸⁵ Habermas estabelece o elo entre a democracia ao afirmar que “as regras de uma democracia apoiada na concorrência, que obtém sua legitimidade a partir do voto da maioria, através de eleições livre, iguais e secretas, tornam-se plausíveis a partir de uma peculiar compreensão do mundo em si mesmo [...] São os próprios indivíduos que produzem a validade normativa, através de um ato livre de assentimento. Tal compreensão voluntarista da validade desperta uma compreensão positivista do direito: vale como direito tudo aquilo e somente aquilo que um legislador político, eleito conforme as regras, estabelece como direito. [...] de um lado, e devido ao nexos interno que mantém com o direito, a política é responsável por problemas que atingem a sociedade como um todo [...] Além disso, as decisões que envolvam a coletividade tem que ser vistas como a concretização de direitos, pois, através do médium do direito, as estruturas de reconhecimento, embutidas no agir regulado pelo entendimento, passam do nível de interações simples para o das relações abstratas e anônimas entre estranhos. Ao perseguir fins coletivos especiais, e ao regular determinados conflitos, a política ganha simultaneamente problemas gerais de integração. E por estar constituída conforme o direito, a política, especificada funcionalmente em seu conjunto, ou seja, ela continua num nível reflexivo de uma integração social que outros sistemas de ação não conseguem mais desempenhar suficientemente”. Entretanto, em sua teoria do agir comunicativo, situa o Poder Judiciário, no Estado democrático de Direito, à esfera de garantidor do devido processo legislativo e da formação da vontade, de acordo com os procedimentos previamente positivados. Habermas entende que na vigência do Estado Democrático de Direito os tribunais necessitam abarcar uma postura de compreensão procedimental da Constituição. Assim, o Judiciário deve conceber a Constituição como mecanismo de condições processuais de matriz democrática das leis que garantem a legitimidade do direito. Com isso deveria apenas zelar pela garantia de que a cidadania disponha de meios para estabelecer um entendimento sobre a natureza dos seus problemas e a forma de sua solução. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a factividade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebneichler. Rio de Janeiro: tempo Brasileiro, 1997, p. 13/14 e 119/120.

⁴⁸⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a factividade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebneichler. Rio de Janeiro: tempo Brasileiro, 1997, p. 146/147.

Em suma, o Direito passa a invadir o campo político⁴⁸⁷ através de preceitos de igualdade, liberdade e justiça e, com isso, a política se transforma em instrumento de atuação do direito. Especialmente nos quadros brasileiros, onde o Direito é essencialmente político, pois a Constituição Federal de 1988 resolveu os limites do político, servindo de freio à vontade das majorias e estabelecendo a transformação da sociedade a partir do direito⁴⁸⁸.

Assim, para que este sistema de garantias incorporado pela constituição seja concretizado, torna-se fundamental combater a discricionariedade. Isso por que a democracia pressupõe que o direito possua um elevado grau de autonomia e para isso ocorrer as questões políticas e morais devem ser debatidas à sociedade nos meios políticos de decisão, para que somente possam ser desconsideradas aquelas decisões políticas tomadas em contraste com o sistema de garantias já constituído pela comunidade quando do debate⁴⁸⁹.

Com a inclusão dos princípios na prática do direito, construídos através do espaço democrático da política e da moral, como propõem a teoria gadameriana⁴⁹⁰

⁴⁸⁷ Importante salientar que, conforme leciona Calmon de Passos, a relação entre o Direito e a política é complementar. Com o autor tem-se que a função política se cumpre pela a juridicização pelo processo legislativo, mediante a positivação dos princípios, valores, diretrizes e regras gerais. (p. 89) E que o alargamento que se deu a atividade do Estado não importou em alteração substancial da função de julgar. Ao afirmar que, seria ingenuidade negar a crescente politização do jurídico e a juridicização do político no segundo pós-guerra, o autor entende que função jurisdicional “se coloca ao império da lei e sujeita-se à deslegitimação pelos agentes das demais funções básicas do Estado, como mandatários do povo soberano, e pelo próprio povo, diretamente” enquanto que a função legislativa permanece como a “única legitimada para formalização da vontade geral democraticamente expressa e institucionalizada, só modificável pelo processo político, jamais por outra via.” (p. 90). Todavia, nenhuma delas pode se sobrepor “à única soberania reconhecível num sistema democrático - a vontade popular, exercitável segundo o processo político constitucionalmente instituído.” (p. 91). Nas palavras do autor: “Todo sistema político-econômico-jurídico nutre-se, portanto, da ideologia que elabora e consegue introjetar, com êxito, no imaginário coletivo. E dura o quanto consegue de quando dito, resulta claro que a produção do Direito, antes de ser uma tarefa de técnicos é, fundamentalmente, produto de uma atividade política.” (p. 94). Assim, para Calmon de Passos, “definir o que é justo é tarefa política, e toda decisão nesse âmbito é um ato de poder político. “Em suma, a justiça, queiramos ou não, também ela tem dimensão política”. (p. 94). CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

⁴⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 86.

⁴⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 86.

⁴⁹⁰ “Em sua análise da consciência histórica, Gadamer começa por Heidgger, inclusive no que tange a pré-estrutura da compreensão, a História é compreendida apenas e sempre à luz de uma consciência que se situa no presente, mas existe uma operacionalidade do passado no presente,

(e também a dworkiniana⁴⁹¹), ocorrerá a reinclusão do mundo prático e da facticidade, no discurso jurídico, o que até então negado pelo positivismo (com o fito de concretizar direitos e permitir o controle qualitativo das decisões judiciais). Assim, qualquer decisão que rompa com a cadeia de princípios, sem a adequada fundamentação, inclinará o magistrado para a atuação discricionária, pois é exatamente esse espaço que os princípios alcançam no Estado Democrático de Direito: a diminuição do espaço de discricionariedade na decisão judicial através do fortalecimento dos limites do direito, da moral e da política.

Em Streck tem-se a ideia de que os princípios não são valores, mas sim virtudes: “a ideia de virtudes aponta para um conjunto de princípios que estão presentes em toda a interpretação do direito. Estes princípios não estão inscritos na comunidade política para serem descobertos como valores, *mas implicam comprometimento desta mesma comunidade com as decisões tomadas e com os*

pois este só é visto e compreendido através da quadratura herdada do passado. No entanto, o passado é um fluxo no qual nos movemos, sem que a tradição se revele contrariamente a nós. Antes, é algo em que nos situamos e pelo qual existimos. É toda compreensão. O receptáculo e o meio de comunicação da tradição é a linguagem. Tanto a linguagem, como a tradição histórica, quanto o ser estão completamente mesclados, a ponto de afirmar que a linguisticidade do ser é um acontecimento da linguagem na história e a história. A historicidade da compreensão consiste naquela temporalidade intrínseca da compreensão mesma, que encarna o mundo sempre numa visão de passado, presente e futuro. Dessa forma, o sentido de uma obra do passado não há de ser buscado somente nos seus próprios termos, porém à vista dos questionamentos que se ponham sob o ângulo do presente, os quais, s seu turno, se focalizados como juízos próprio, são também juízos prévios, mais do que isso, constituem a realidade histórica do ser. Daí a importância que esses juízos prévios tem na interpretação. Não nos impede acolhe-los, da mesma forma como não nos compete rejeita-los, pois são o substrato de nossa capacidade de compreensão histórica. Em Gadamer o problema, por conseguinte, não se acha na tradição ou na autoridade. Trata-se somente em perpassar das concepções em cujo seio nos situamos. Basta, portanto, identificar corretamente os pressupostos adequados, separando-os daqueles que nos põe freios intelectuais, causando prejuízos ao pensamento e aos modos aconselháveis de ver a realidade. Assim, a interpretação correta em si mesma é uma possibilidade. É ilusório querê-la, porque a interpretação faz-se em relação com o presente, e este nunca é fixo. A aferição da correção interpretativa é uma questão relacional, donde a correção da interpretação é uma coisa relativa”. FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 177/178.

⁴⁹¹ Em Dworkin o princípio é um argumento moral empregado para defender direitos. Dworkin faz menção ao termo princípio de maneira genérica, para indicar o conjunto de padrões que não são regras, distinguindo-os entre argumentos de política (padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado) e argumentos de princípio (padrão que opera nas dimensões da moralidade). A tarefa dos princípios é identificar direitos. Com isso se propõe tratar os princípios como Direito, rejeitando a doutrina positivista que distingue o direito de outros padrões sociais mediante um teste. Essa nova percepção viabiliza a hipótese de que uma obrigação jurídica possa ser imposta por princípios ou por uma regra estabelecida. Dworkin sugere que se supere a ideia do Direito como um sistema de regras e se abra espaço para a construção de outro modelo, que comporte a complexidade das práticas judiciais. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. Trad. e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 50/63.

*princípios que institucionalizam tais decisões*⁴⁹². Assim para o autor, os princípios instituem o mundo prático do direito e, com essa revolução paradigmática o juiz tem um dever de decidir de forma constitucionalmente correta⁴⁹³. Com isso a legitimidade da decisão será auferida no momento em que se demonstra que a regra por ela concretizada é instituída por um princípio, ao passo que “sem um princípio instituinte, a regra não pode ser aplicada, posto que não será portadora do caráter de legitimidade democrática”⁴⁹⁴.

Para Wálber Araujo Carneiro os princípios seriam responsáveis pela racionalização moral política de determinado problema, deontologizando o resultado da abertura cognitiva do sistema jurídico. Para o autor, “o fundamento de sua juridicidade deriva, portanto, de um processo de institucionalização da razão moral-prática que deve, [...] ser precedido de um desvelamento *dialógico e contratextual*,

⁴⁹² STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 71.

⁴⁹³ Lenio Luiz Streck leciona que apenas devem ser considerados princípios aqueles que nitidamente tenham a função de estabelecer padrões hermenêuticos, com fito de: 1) Preservar a autonomia do direito. Abarca a necessidade de correção funcional. Assim, serão considerados princípios os que preservem a rigidez do texto constitucional, sua força normativa, e que objetivem a máxima efetividade e eficácia da Constituição; 2) Estabelecer condições hermenêuticas para a realização de um controle da interpretação judicial. Considerando que os princípios devem preservar a autonomia do Direito, o meio possível para realização dessa autonomia se dá no controle das decisões judiciais, que são os limites da interpretação do direito. Cuidando das arbitrariedades que possam nelas (decisões) existir, haverá o conseqüente cuidado com a discricionariedade no Direito; 3) Garantir o respeito, a integridade e à coerência do direito. A necessidade de fundamentação das decisões judiciais é forma de garantir a integridade e coerência do sistema jurídico, o que não se configurará com o uso dos princípios como standards interpretativos ou retóricos, de caráter persuasivo; 4) Estabelecer que a fundamentação das decisões é dever fundamental dos juízes e Tribunais. Isso, por que a sociedade não pode ser indiferente às razões pela qual um juiz/tribunal decidiu. A fundamentação das decisões é premissa do Estado democrático de Direito, pois o Direito não pode deslegitimar o texto constitucional. Assim, a explicitação das razões que levaram o juiz a decidir a causa é uma responsabilidade política do juiz, albergada pela Constituição Federal no art. 93, IX, não podendo esta fundamentação ter caráter apodíctico; e 5) Garantir que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição Federal e que haja condições para verificar se a resposta está ou não constitucionalmente adequada. Reforça a garantia de fundamentação das decisões judiciais, com a blindagem das interpretações legitimadoras, que preservem a força normativa da Constituição e o caráter deontológico dos princípios. Partindo destes 5 requisitos, por assim dizer, Lenio Streck propõe a utilização de cinco princípios (por ele chamados de “princípio turn”), quais sejam: princípio da igualdade, princípio do devido processo legal, princípio da presunção de inocência, princípio da publicidade dos atos no Estado Democrático de Direito e princípio da proibição de discriminação de qualquer espécie. Para tanto consultar: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 539/42.

⁴⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 68.

permitindo à carga deontológica de princípios enunciados no sistema.”⁴⁹⁵. Já em Ferrajoli, mesmo que vagos e formulados em termos de valores, os princípios servem para aumentar a certeza do direito ao limitar as possibilidades interpretativas, obrigando os juízes a atribuir aos textos legais somente os sentidos normativos compatíveis com eles.⁴⁹⁶

Observa-se, deste modo, que os princípios encerram a densidade normativo-concreta de um mandamento legal⁴⁹⁷ e, por isso, a juridicidade do princípio somente pode ser determinada efetivamente no momento de sua aplicação. Ou seja, é na decisão judicial que os princípios devem ser analisados, pois quando os princípios são utilizados no sentido *forte*⁴⁹⁸, operariam o fechamento do círculo de interpretação, restaurando o vínculo existente entre Direito e moral. Aí é que podem realmente ser nominados como princípio. Quando utilizados no sentido *fraco*, é possível afirmar que não estamos diante de princípios, mas de simples

⁴⁹⁵ CARNEIRO, Walber Araújo. *Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 255.

⁴⁹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria geral do garantismo*. Trad. de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 67.

⁴⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 86.

⁴⁹⁸ Na tese defendida por Dworkin os princípios tem uma dimensão que as regras não têm, e constituem-se em padrão que deve ser observado enquanto exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. E, igualmente comportam uma definição fraca com conceitos doutrinários vagos, utilizações jurisprudenciais retóricas e tautológicas, e uma definição forte, quando utilizados como padrões morais e normativos, configurando-se em imperativos da moralidade, justiça ou equidade, propiciando o resgate do mundo prático para o Direito. Dworkin distingue discricionariedade fraca e discricionariedade forte. Para tanto fala em três sentidos para o termo discricionariedade: fraco, forte e limitado. A principal diferença entre os sentidos fraco e forte pode ser resumida no sentido de que, em seu sentido forte, a discricionariedade implica em incontabilidade da decisão segundo um padrão antecipadamente estabelecido. Dworkin refere: “os padrões jurídicos que não são regras e que são citados pelos juízes não impõem obrigações a estes” [...] e nestes casos os padrões que os juízes tipicamente empregam são na verdade princípios que os guiam em suas decisões e que obrigam no momento de determinar qual das partes possui direitos. O jurista americano, como já mencionado no capítulo anterior, não vê uma relação de oposição (separação) entre regras e princípios. Há apenas uma diferença lógica e não uma distinção/cisão estrutural, de caráter semântico como em Alexy, entre regra e princípio. Dworkin acredita que as regras não subsistem sozinhas por não retirarem validade de si próprias. Elas devem ter algum sentido coerente com a integridade do direito. E esse sentido é o princípio, pois a interpretação do juiz em favor de determinado padrão no direito como princípio deve ser justificada de forma coerente e íntegra. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. Trad. e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 50/63

critérios ou standards. Para que um princípio tenha juridicidade ele não pode se desvencilhar da democracia.⁴⁹⁹

Como se percebe, os princípios não podem ser vistos como meta-regras, que servem para suprir as deficiências ônticas das regras, como vem sendo aplicados. O problema dos princípios, em verdade, relaciona-se mais com o seu conteúdo e menos ou quase nada com a forma pela qual foram produzidas (o que Dworkin chama de *pedigree*⁵⁰⁰).

Igualmente não pode haver uma relação de oposição entre regras e princípios, pois nenhum princípio deixa de ter importância ao ponto de ser excluído da fundamentação de uma decisão. Como Ferrajoli alerta não existe uma diferença real entre os princípios e as regras: “a violação de um princípio sempre faz deste uma regra que enuncia as proibições ou as obrigações correspondentes”⁵⁰¹

Ou seja, por detrás de toda regra há a existência de princípios, que inclinam a decisão para uma direção, se inter cruzando, fazendo valer a força relativa de cada um, sobrevivendo intactos quando não prevalecerem, podendo ambos (ou todos) seguir valendo⁵⁰². E, conforme leciona Vezio Crisafulli, os princípios devem servir para solucionar o problema, atuando como se fossem hierarquicamente superiores ou anteriores:

⁴⁹⁹ Streck leciona que “*princípios não são valores*. Para que um princípio tenha obrigatoriedade, ele não pode se desvencilhar da democracia que se dá por enunciados jurídicos concebidos como regras. Princípios nesse sentido, são o modo pela qual toda essa normatividade adquira força normativa para além das insuficiência das regras.” STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 69.

⁵⁰⁰ Dworkin afirma que as “regras especiais podem ser identificadas e distinguidas com auxílio de critérios específicos, de testes que não tem a ver com seu conteúdo, mas com o seu *pedigree* ou maneira pela qual foram adotadas ou formuladas. Estes testes de *pedigree* podem ser usados para distinguir regras jurídicas válidas de regras jurídicas espúrias (regras que advogados e litigantes erroneamente argumentam ser regras de direito) e também outros tipos de regras sociais (em geral agrupadas como ‘regras morais’) que a comunidade segue mas não faz cumprir através do poder público.” DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. Trad. e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 28.

⁵⁰¹ FERRAJOLI, Luigi (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 41.

⁵⁰² DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes. 2011, p. 57.

Princípio è, infatti, ogni norma giuridica, in quanto considerata come determinante di una più, subordinate, che la presuppongono sviluppandone e specificandone ulteriormente il precetto in direzione più particolari. E si dicono per antonomasia principi generali quelli comuni a una serie numerosa di norme particolari, delle quali determinano, e pertanto riassumono potenzialmente, il contenuto: siano poi, queste, effettivamente poste, siano invece soltanto desumibili dal rispettivo principio generale che le contiene⁵⁰³

Do que se extrai que qualquer teoria do direito que se preze deve fornecer uma base para o dever judicial, de modo que os princípios justifiquem as regras estabelecidas, ou seja, ao juiz deve ser claramente possível identificar nos princípios o sentido das regras. Com isso o juiz poderá harmonizar dois eixos: a intenção/propósito da lei e os princípios que subjazem as regras positivas do direito.

Argumentar em favor dos princípios significa argumentar à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito, pois os princípios são meio de ingresso da moral no Direito. Neste paradigma que se apresenta, “a teoria positivista das fontes vem a ser superada pela Constituição; a velha teoria da norma dará lugar à superação da regra pelo princípio; e o velho *modus* interpretativo subsuntivo-dedutivo – fundado na relação epistemológica sujeito-objeto – vem a dar lugar ao giro linguístico-ontológico, fundado na intersubjetividade”⁵⁰⁴.

E, tendo em vista que a contemporânea argumentação realizada com os dos princípios vem sendo concebida como uma maneira de abrir o sistema formalmente fechado e acolhendo a concepção positivista (e, portanto, permitindo que a decisão judicial se sensibilize por questões políticas e morais, em que pese essa evolução proporcionada pelos princípios), atualmente percebe-se uma hipertrofia dos argumentos com base em razões extrajurídicas, enfraquecendo a

⁵⁰³ Em tradução livre: “princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito e direções mais particulares (menos gerais). Das quais determinam e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém”. CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue disposizione di principio*. Milano: Giuffrè, 1952, p. 15.

⁵⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009, p. 193.

referência oferecida pelo direito às condutas sociais, acabando por exigir um esforço da hermenêutica jurídica no enfrentamento deste desafio.

O que se almejou no decorrer do presente estudo é esclarecer o objetivo primordial dos princípios dentro de um novo paradigma interpretativo, qual seja: conferir a integridade do direito. O papel dos princípios é fundamental para o controle das decisões judiciais, pois os princípios não são estruturas ou meros enunciados previamente elencados e interpretados. Ao contrário! os princípios possuem vínculo com a moral, vínculo este que se instaura no momento de sua aplicação, no momento de tomada da decisão no caso prático, quando os princípios configuram-se no meio de demonstrar a legitimidade da tomada da resposta correta. Isso fica evidente no exemplo ilustrado na obra *Uma questão de princípio* de Dworkin, vejamos:

Quando uma pessoa recorre à justiça em uma questão civil, ela pede ao tribunal que imponha seus direitos, e o argumento de que a comunidade estaria melhor se esse direito não fosse aplicado não é considerado um bom argumento contra ela. Aqui, devemos tomar cuidado para não cair numa conhecida armadilha. Muitas vezes, quando queixoso expõe seu caso indicando uma lei que lhe concede o direito que ora reivindica, a própria lei, como fato histórico foi aprovada porque o legislativo pensou que o público se beneficiaria como um todo, uma espécie de solução utilitarista, se as pessoas como o réu tivessem um direito jurídico ao que a lei específica. (Ou seja, a lei foi aprovada por razões não de princípios, mas de política.) Não obstante, a reivindicação do queixoso, baseada nessa lei, é uma reivindicação de direito. [...] Contudo, mesmo num caso tão definido, o queixoso está se valendo de um argumento de princípio quando promove a ação no tribunal, não de um argumento de política⁵⁰⁵.

Nesse contexto se infere que não se pode partir do princípio para resolver um caso, mas, sim, de uma regra apta pra resolvê-lo e, caso a porosidade desta regra necessite a aplicação de um princípio, este será utilizado, partindo do caso em concreto, para realizar o fechamento da decisão correta. Esse é o espaço e o papel dos princípios na busca da decisão correta, que preserve a autonomia do direito.

⁵⁰⁵ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 107.

Para que se possa articular um conceito de princípio é preciso alargar a racionalidade do Direito, de forma a comportar um modelo histórico-concreto de pensamento, em detrimento do modelo matemático-abstrato que vem permeando o senso comum teórico dos juristas. É que princípios não são estruturas ou meros enunciados previamente dados e interpretados pelos juristas, mas, sim, significados conceituais que acontecem num horizonte de sentido dado pela história, conforme propunha Gadamer⁵⁰⁶.

A saída para enfrentar o problema da indeterminabilidade do pós-positivismo no Direito, e com isso a superação do esquema sujeito-objeto⁵⁰⁷ positivista, se dá por meio da análise da realização concreta do Direito, a ser feita no momento de sua aplicabilidade. A noção de constitucionalismo compromissório e dirigente teve a função de trazer para dentro da Constituição temáticas que, anteriormente, cingiam-se à esfera privada. Com isso houve a publicização dos espaços reservados aos interesses privados a partir da assunção de uma materialidade, materialidade esta conferida aos princípios. “Com efeito, se a própria Constituição altera (substancialmente) a teoria das fontes que sustentava o positivismo e os princípios vêm a propiciar uma nova teoria da norma (atrás de cada

⁵⁰⁶ Rafael Oliveira tendo por base os aportes de Gadamer menciona que os princípios são sempre uma possibilidade que nunca chega a se efetivar por inteiro OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 35.

⁵⁰⁷ O arraigamento esquema sujeito-objeto é o traço em comum da mixagem de vários modelos jusfilosóficos. O esquema sujeito-objeto sustenta o modo dedutivo-subsuntivo de interpretação, e com isso propicia a discricionariedade, uma vez que está ligada ao subjetivismo e, portanto, ao esquema sujeito-objeto. Por isso, a discussão acerca de discricionariedade significa discutir a permanência ou superação do esquema sujeito-objeto. “Os defensores da discricionariedade fundamentam o discurso em uma relação sujeito-objeto, em lugar de darem conta da relevante circunstância de que o discurso do sujeito da relação sujeito-objeto funda-se em um elemento que condiciona a possibilidade da ligação entre o sujeito e o objeto, que é o discurso da pré-compreensão, da antecipação, do compreender, que é – e sustenta – o nosso modo prático de ser no mundo, que desde sempre é o fundamento a partir de onde todo discurso (enunciativo assertórico) se fundamenta” (p. 09). Ocorre que, a nova Constituição publiciza os espaços antes reservados aos interesses privados através dos princípios, que vem agora propiciar “uma nova teoria da norma (atrás de cada regra há, agora, um princípio que não a deixa se ‘desvenciliar’ do mundo prático), é porque também o modelo de conhecimento subsuntivo, próprio do esquema sujeito-objeto, tinha que ceder lugar a um novo paradigma interpretativo” (p. 9/10). Com isso, o déficit de realidade do esquema sujeito-objeto, vem a ser preenchido pelas posturas interpretativas, especialmente a hermenêutico-ontológica que colocam o modo-de-ser e a faticidade no *locus* da compreensão. Assim, salta-se do fundamental para o compreender, “onde o compreender não é mais um agir do sujeito, e sim, um modo-de-ser que se dá em uma intersubjetividade” (p. 10). STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p.01/16.

regra há, agora, um princípio que não a deixa se ‘desvencilhar’ do mundo prático), é porque também o modelo de conhecimento subsuntivo, próprio do esquema sujeito-objeto, tinha que ceder lugar a um novo paradigma interpretativo”⁵⁰⁸.

Se a própria Constituição altera a teoria das fontes que sustentava o positivismo e os princípios vêm a propiciar uma nova teoria da norma é porque também o modelo de conhecimento subsuntivo, próprio do esquema sujeito-objeto, tem que ceder lugar a um novo paradigma interpretativo⁵⁰⁹. Para que superemos o positivismo jurídico, devemos estar prontos para lidar com as questões referentes à legitimidade das decisões tomadas pelo Poder Judiciário, com os um novo paradigma interpretativo.

Dentro deste novo paradigma interpretativo os princípios não podem ser vistos como meta-regras, que servem para suprir as deficiências ônticas das regras, ou seja, devem ser vistos de modo contrário à forma como vem sendo aplicados. Não se pode partir de um princípio para resolver um caso. Isso seria fazer raciocínios teleológicos⁵¹⁰. Há de se ter sempre presente que o princípio opera como o fechamento do sistema interpretativo. Haverá uma regra apta para resolver o caso a partir de uma reconstrução principiológica⁵¹¹.

No fundo, cumprir o Direito em sua integridade tal como proposto por Dworkin evidencia a forma de condução da comunidade política, na medida em que não representa uma exclusão da moral, mas, antes, incorpora-a. Dworkin não aposta em interpretações que exsurjam do espírito do juiz, ou mesmo acredita no juiz como

⁵⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p.09/10.

⁵⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p.09/10.

⁵¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p.528.

⁵¹¹ Na medida em que o problema dos princípios, em verdade, relaciona-se mais com o seu conteúdo e menos ou quase nada com a forma pela qual foram produzidas, os princípios devem ser pensados segundo os postulados da equidade e da integridade, uma vez que eles nunca ocorram isoladamente, manifestando-se sempre numa comum-unidade. É a lição se que se extrai de Rafael Oliveira. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 177/8.

o único capaz de assegurar a solidez e autonomia do Direito nos quadros de um Estado Democrático de Direito⁵¹². Assim, é este o objetivo primordial dos princípios: conferir a integridade ao direito. Os princípios são o meio concreto para enfrentamento da discricionariedade judicial pós-positivista, pois o juiz já não é mais visto como a *boca da lei*, mas, sim, como um intérprete racional, com delegação para preencher os vácuos legislativos⁵¹³. Com isso fica evidenciado que “não é [...] a imperatividade da lei (juiz como ‘boca da lei’) ou a criatividade (sem limites) do intérprete que se constituem como ‘inimigos da autonomia do direito’ e da democracia, mas, sim, as condições pelas quais se dá a atribuição de sentido no ato interpretativo-aplicativo”⁵¹⁴.

Nesse sentido é possível afirmar que quando o juiz atua dentro da integridade não pratica inovações decisivas, mesmo quando decide casos difíceis. Ele simplesmente desvela/descobre qual é o direito apresentado, justamente porque tal direito foi socialmente construído com os de um sistema de princípios historicamente formado e assumido. Caso uma decisão judicial inove (quebrar/alterar) as convicções anteriores estará tornando efetivo os direitos políticos já existentes, simplesmente porque as circunstâncias variaram e os princípios

⁵¹² STRECK, Lenio Luiz. *O que é isso- Decido conforme minha consciência?* 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010, p. 30. Na mesma linha de raciocínio, afirmando que novo Código de Processo Civil tornou-se uma importante conquista da doutrina brasileira para a produção de um direito mais democrático ao eliminar o livre convencimento do juiz, delimitar os elementos de uma fundamentação válida (art. 489, §1º) e, sobretudo, exigir que os tribunais mantenham a jurisprudência estável, coerente, íntegra (arts. 926 e 927), albergando a tese da integridade de Dworkin, André Karam Trindade refere que: “Desse modo, a coerência e a integridade ingressam de uma vez por todas no ordenamento jurídico brasileiro do Direito, buscando concretizar a igualdade e, assim, reforçar a força normativa da Constituição. Tais exigências, aliadas à estabilidade, aumentam a responsabilidade política dos juízes, na medida em que representam a antítese do voluntarismo. [...] Trata-se, em suma, de importantes critérios reivindicados pela Crítica Hermenêutica do Direito a partir da teoria jurídica de Dworkin – em que pese também trabalhados por outros autores, como, por exemplo, Lenoble (1988), MacCormick (1997) e Calvo González (2013) – para o controle das decisões judiciais que, certamente, servirão para combater o ativismo e a discricionariedade, reforçando, assim, a autonomia do Direito e, conseqüentemente, as próprias bases da democracia constitucional”. TRINDADE, André Karam. *Hermenêutica e jurisprudência: o controle das decisões judiciais e a revolução copernicana no Direito processual brasileiro*. In: *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, setembro-dezembro 2015, p. 243-252, p. 244.

⁵¹³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 472.

⁵¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 475.

mudaram de peso com o decorrer do tempo⁵¹⁵. Em suma: a integridade incentiva o juiz a ser mais abrangente e imaginativo em sua busca de coerência com o princípio fundamental aplicável ao caso, que justifique o direito como um todo⁵¹⁶. Isso porque, mesmo que o juiz tenha dúvidas “ele está vinculado a uma espécie de DNA do direito, formado pela doutrina *lato sensu* e a jurisprudência”⁵¹⁷, o que faz com que seja obrigado a obedecer a coerência e a integridade do direito e, com isso, a reconstrução da história institucional.

⁵¹⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes. 2011, p. 136.

⁵¹⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 2002, p. 265.

⁵¹⁷ STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 77.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O problema que conduziu a presente pesquisa foi a investigação de prováveis respostas ao problema do protagonismo judicial e da urgência de uma teoria judicial que esteja adequada a fornecer respostas corretas no vigente Estado Democrático de Direito. Como forma de delimitação do estudo, o trabalho abordou um dos elementos que propulsores do ativismo judicial: decisões fundamentadas substancialmente em princípios, que acabam por afastar ou mesmo negar a aplicabilidade de regras específicas.

O propósito foi o de trazer à tona o debate sobre a forma de aplicação dos princípios jurídicos pelo direito brasileiro, pois, na grande maioria das vezes, eles são utilizados sem que haja um comprometimento do intérprete em explicitar a conexão existente entre o caso concreto e o princípio apresentado, bem como demonstrando-se a congruência da solução principiológica com a tradição jurídica democrática.

Para que se possa apontar a conclusão da pesquisa cumpre, neste momento, retomar o percurso da pesquisa, ainda que brevemente. Assim, no primeiro momento, o estudo cuidou de verificar as modificações do perfil da magistratura, em sua raiz histórica (com o contraponto entre os Juízes Oráculos da

Lei, tidos como aqueles que detinham a competência de desenvolver e criar o Direito Consuetudinário; e os juízes Boca da Lei, que representavam a convicção de que a lei é aquela que o legislador diz que é, sendo os juízes apenas os seus porta-vozes), bem como os perfis de magistratura propostos pela doutrina jurídica contemporânea, iniciando pelo juiz filosófico Hércules proposto por Ronald Dworkin que na obra “Levando os Direitos a sério” deu o ponta pé inicial para que outros modelos de magistrados ideais surgissem: o magistrado lolau de Marcelo Neves em seu livro “Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico”, os três perfis de juízes de François Ost, em seu artigo “Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez”; e os recentes perfis de juízes de Cass R. Sunstein extraídos de seu estudo “Constitutional Personae”.

Conforme vislumbrou-se a metáfora do magistrado Hércules, criado por Dworkin tem o objetivo primordial calcado na busca da resposta correta, que ao ver do autor é um remédio contra o positivismo e sua característica mais forte: a discricionariedade. Com isso, o juiz Hércules de Dworkin é a antítese do juiz discricionário, na medida em que o modelo de juiz instala-se na teoria do direito para demonstrar que a discricionariedade é antidemocrática.

Noutro norte, Marcelo Neves inverte a perspectiva dominante sobre princípios e regras proposta por Dworkin para apresentar seu perfil de magistrado ideal: o juiz lolau. Com o juiz lolau, Marcelo Neves trabalha a ideia de justiça como contingência, sendo perfil de magistrado por ele proposto a experiência com o improvável na medida em que busca o equilíbrio entre regras e princípios constitucionais.

Já o jurista e filósofo François Ost analisa o perfil da magistratura sob três modelos de juiz: Júpiter, Hércules e Hermes, os quais, por via de consequência, simbolizaram também os modelos de jurisdição. O primeiro modelo de juiz, nominado Júpiter, representaria o modelo liberal-legal, adotando uma posição passiva diante do caso. O segundo modelo de juiz, Hércules, é um modelo de juiz mais ativo, prestacionista e paternalista, tal qual o Estado Social. Por fim, o terceiro modelo de juiz apresentado por Ost é o juiz Hermes, que tem a função de

e elevar a democracia à condição de uma cidade universal para as gerações futuras. Assim o magistrado ideal de Ost tem a tarefa de projetar o direito com a jurisprudência, com o núcleo centrado no discurso, sendo necessário dar tempo de reflexão ao Direito, a fim de resgatar sua memória social para reinterpretar os discursos circundantes, algo que não é tão simples, posto que é uma tarefa a ser sempre recomeçada.

Sem se valer da mitologia grega para ilustrar sua tese, Cass R. Sunstein analisou o perfil dos juízes da Suprema Corte Americana a partir da posição que assumem em seus julgamentos, cunhando quatro perfis de juízes: o herói, o soldado, o minimalista e o mudo, perfis tidos como tipos ideais, logo, não estanques. O primeiro perfil traçado por Sunstein, os heróis, são aqueles que tem na Constituição o parâmetro para invalidar leis, políticas públicas e decisões judiciais, redirecionando a atuação estatal e a própria sociedade. O segundo perfil proposto, os soldados caracterizam-se por maior deferência ao processo político, entendendo como seu dever promover a concretização das normas produzidas pelos poderes politicamente legitimados. Já os minimalistas, terceiro perfil traçado, assumem uma postura essencialmente cautelosa, procurando evitar intervenções intensas ou abrangentes, privilegiando as práticas e tradições socialmente sedimentadas. Por fim, o último perfil de magistrado, nomeado por Sunstein como mudos, são aqueles que optam pelo silêncio diante de grandes controvérsias constitucionais, preferindo manter, sempre que possível, casos altamente problemáticos fora do Tribunal, a fim de deixar o espaço aberto para a ação do processo político.

Partindo da análise dos perfis de magistratura observou-se que estes estão fortemente influenciados pelo momento político-social de atuação do magistrado. Com isso extrai-se que a jurisdição teve, em seus primórdios, a função meramente declarativa, adequada ao momento histórico vivido pelo Juiz Boca da Lei de Montesquieu, onde lhe era impossibilitado interpretar a lei, a qual era concebida como um sistema completo.

Já no Estado Liberal, a produção do direito era pautada para a resolução dos conflitos em âmbito individual, bem como pela intervenção mínima do

Poder Judiciário. O papel do Judiciário circunscrevia-se à aplicação das normas, não havendo possibilidade de interferir nas funções políticas do legislativo. Destarte, o juiz nada mais deveria fazer, a não ser aplicar a lei. Mesmo ao sentenciar não possuía a liberdade de apreciar as particularidades de cada caso concreto. Era um ser inanimado, fadado a uma atividade de silogismo, onde sua função se resumia a julgar atendendo exclusivamente à lei, sem espaço para interpretações ou valoração do justo. Pode-se afirmar que no Estado Liberal havia um vazio de legitimidade, na medida em que o império da lei reduzia-se à mera função técnica da garantia e da seguridade das normas jurídicas.

Com a crise do Estado liberal, o Estado passa a ser governo para o bem-estar social, caracterizado por forte intervencionismo e exacerbação do Poder Executivo, em que o mínimo de condições materiais é pressuposto para a liberdade real e o objetivo do Estado é a realização dos direitos sociais. Há uma predominância do Poder Executivo acarretando uma sobrejuridificação da realidade social, transformando o Judiciário em uma alternativa para o exercício do jogo político. A Constituição, enquanto texto jurídico normativo passou, mais do que nunca, a exigir uma interpretação que submeta o texto às relações de contexto e, em consequência, altera-se a atuação da magistratura. A neutralidade do juiz é afetada, ao ver-se ele posto diante de uma corresponsabilidade nas políticas legislativa. Há um incremento dos poderes do juiz, na medida em que ele é chamado a exercer uma função socioterapêutica. A responsabilidade do Juiz neste momento tinha o condão de alcançar o sucesso político das finalidades impostas pelas exigências do Estado Social. Ou seja, de mero expectador do processo o juiz passa a ser protagonista.

Em momento subsequente, no período sócio-político vivenciado pela globalização econômica, deu-se azo à emergência de um novo direito, sendo que as práticas do Estado pós-social nada mais fazem do que calibrar, em função da escassez de recursos, as expectativas e pretensões jurídicas. Neste norte, diante das crises pelas quais passa o Estado, e via de consequência o Poder Judiciário, também os juízes veem o seu papel transformado. Todavia, o aumento de poder da

Justiça não deve ser entendido como uma transferência da soberania do povo para o juiz, mas como uma transformação do paradigma filosófico.

O que se observou com a evolução do Estado, desde sua matriz individualista até sua matriz mais intervencionista e paternalista, é a transformação da própria noção de jurisdição na qual cada vez mais é atribuído caráter social e político ao espaço da decisão jurídica. Os juízes acabam por aceitar a realidade da transformada concepção do direito e da nova função do Estado, tornando-se difícil que lhes impeçam dar sua própria contribuição à efetivação dos programas sociais.

Entretanto, vislumbrou-se no estudo que contemporaneamente os juízes costumam primeiro decidir e só depois fundamentar o que antes foi decidido, encontrando um atalho no processo de conhecimento, tornando a verdade um produto de uma adequada manipulação desse procedimento cognitivo mascarado pelas diversas metodologias hermenêuticas, que mediante uso de diversos cânones e fórmulas, procuram dar a ilusão da certeza do processo interpretativo.

E a tomada de atalhos no processo interpretativo muitas vezes pode resultar numa postura mais ativista do magistrado, no sentido de decisionismo jurídico, pondo em risco o Estado Democrático de Direito com a arbitrariedade, cuja base positivista autoriza múltiplas respostas.

Diante disto, abordou-se a análise dos argumentos de princípio como pano de fundo para o aludido protagonismo judicial, com a finalidade de verificar quais as razões que fomentam a utilização dos princípios nas decisões judiciais como capas de sentido. Observou-se que não há uma definição clara do conceito de princípio na doutrina utilizada nos bancos acadêmicos, ou mesmo na literatura privilegiada nas decisões proferidas. Existem na doutrina várias conjecturas sobre o conceito de princípio jurídico, ao ponto de ser possível afirmar que existem tantas definições de princípios quantos são os autores que sobre eles escrevem.

Resultado disso é a objetificação do processo interpretativo, onde os princípios passaram carregar conceitualizações que acabaram por transformá-los

regras. Ou seja, a indefinição do conceito de princípio atua como pano de fundo para decisionismos: permeia no cenário jurídico brasileiro uma incompreensão radical dos pontos determinantes para a delimitação do conceito de princípio. Embora boa parte da doutrina jurídica brasileira objetive delimitar o conceito de princípio, ainda não há unanimidade quanto à definição do que realmente seja um princípio, ou mesmo consenso quanto ao esclarecimento dos diversos significados e usos dos inúmeros princípios.

Observou-se, também, que além de não haver uma conceituação segura do que sejam princípios, muito menos há uma distinção destes das regras, cenário instaurado pela recepção da teoria da ponderação de Robert Alexy, cujo trabalho foi estudado mediante o embate com a teoria de Ronald Dworkin. Na obra “Teoria de los Derechos Fundamentales” de Alexy tem-se que tanto as regras como os princípios são normas. Entretanto, os princípios são caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em graus diferentes (cuja aplicação se dá mediante ponderação dos interesses opostos: quando algo é permitido por um princípio e proibido por outro, uma das normas tem de ceder em face da outra, pois ambas são válidas e integrantes do ordenamento jurídico). Já na obra de Ronald Dworkin, em especial no seu “Levando os Direitos a sério”, de forma totalmente diversa, enuncia a aplicação dos princípios de forma intercruzada, combinando critérios de peso e importância destes. Dworkin não vê uma relação de oposição entre regras e princípios, aliás para ele as regras não subsistem sozinhas, por de traz de cada uma subsiste um princípio que confere integridade ao sistema e, com isso, nenhum princípio deixa de ter importância ao ponto de ser excluído da fundamentação de uma decisão.

Com a análise das duas teorias supra referidas observou-se que a recepção pela doutrina pátria de teoria alexyana resultou na problemática da distinção estrutural regra-princípio: ao se fazer uma distinção estrutural entre regra-princípio no âmbito semântico, sempre serão possíveis vários resultados, que nem sempre serão aqueles que apontam para a concretização de direitos, pois a utilização de um mesmo princípio pode proporcionar resultados absolutamente distintos para casos similares. Verificou-se também, que há algo não problematizado

nessa distinção estrutural que é o sujeito solipsista da modernidade, na medida em que a concretização dos direitos efetuada a partir da distinção estrutural fica entregue ao protagonismo dos Tribunais e dos juízes.

Esses fatores (indefinição do conceito de princípio e indistinção destes das regras) acarretam a multiplicidade de usos dos princípios, a criação sem medida de princípios e a possibilidade de abertura hermenêutica da decisão judicial. As decisões emanadas pelo Poder Judiciário vêm sendo valoradas como fonte criativa do direito: o Poder Judiciário passou a exercer um papel predatório do espaço político, criando uma espécie de “direito legislado”. Nesse contexto, os argumentos de princípio, são utilizados de forma indiscriminada na fundamentação das decisões judiciais, ou seja, de modo maximizado e banalizado, configurando-se em um alargamento de função do Poder Judiciário, na medida em que acabam por legislar transmutando-se em regras.

Neste panorama, verificou-se que a multiplicação do uso de princípios e mesmo a criação sem limites de princípios vem sendo fortemente debatida por doutrinadores como Luigi Ferrajoli, que aborda o problema com a expressão “bolha terminológica”; Lenio Streck, que cunhou o verbete “pamprincipiologismo”; Eros Grau, que se refere a problemática com a termo “principlializado”; Humberto Ávila, que refere o “estado principiológico”; trazendo à tona a ideia de que os princípios passaram a ser articulados dos mais diversos modos, como fatores majorativos e minorativos do poder discricionário do juiz no momento da decisão, albergando a ideia de que qualquer tese possa ser acolhida por um princípio adjetivador. Segundo a crítica da doutrina supra referida, os princípios, no contexto atual, assumiram a função de *para-regras*, absorvendo a ideia de que com eles toda resposta pode ser a correta, pois os enunciados principiológicos são criados partindo de um grau de significado zero para o significado que o protagonista judicial almeja para o caso concreto.

E essa postura ativista arbitrária adotada pelo magistrado quando utiliza os princípios como álibi para sua decisão fere autonomia do direito, bem como fere a lei democraticamente aprovada que perderá espaço para o que o juiz entenda

da lei. Isso porque, invocar um princípio na argumentação jurídica é importante e necessário para que o Direito possa ser produzido de forma democrática e coerente.

Assim, a discussão do problema posto a análise alcança o patamar da democracia, pois não há sentido que no Estado Democrático de Direito venha depender de uma postura negativamente ativista do magistrado, que ignora o texto legalmente constituído, ignora a história de sua constituição, ignora as decisões anteriormente proferidas e as duradouras tradições da cultura política para impor a outros Poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige.

Embora não se possa olvidar que, quando decide, todo juiz sempre cria direito, também não se pode desprezar que a finalidade da lei democraticamente produzida não é outra senão criar a diretriz a conduzir o magistrado quando da prolação da decisão judicial. Deste modo, o debate acerca da resignificação da função judicial, em especial na configuração do direito criado pelos juízes, é algo que torna possível a visualização a necessidade de um novo paradigma interpretativo que crie um novo horizonte, já que não se pode crer que existam respostas *a priori* acerca do sentido de determinada lei que exsurjam de procedimentos ou métodos de interpretação.

Com base na pesquisa conclui-se que a saída que se apresenta a solução ao problema proposto está na hermenêutica filosófica que fornece uma blindagem contra interpretações arbitrárias e discricionariedades através da história dos efeitos, dos pré-juízos e do nosso estar dentro da tradição, que assumem relevo especial no ato de interpretar. Opera-se a transcendência, pela qual adquire-se a consciência de que não apenas somos, mas percebemos que somos. E, somos aquilo que nos tornamos pela tradição, pela soma de nossos pré-juízos, facticidades e historicidades de nosso ser-no-mundo e, com isso, o sentido já vem antecipado (círculo hermenêutico).

Com a hermenêutica filosófica, a lei é tida como base para o direito em si, na medida em que é o resultado da filtragem principiológica e de elementos sociais históricos. O magistrado quando se depara com um texto, não pode apenas

limitar-se a buscar a intenção do autor ou o significado originário de sua obra. Deve levar em consideração todos os eventos históricos vivenciados tanto pelo autor quanto pelo intérprete da obra. Deve aplicar a lei mediante a imprescindível observância do senso de justiça, mesmo que subjetivamente munido de suas convicções políticas, filosóficas, éticas, dentre outras. Deve, dessa forma, visar à harmonização entre a pré-compreensão do juiz ao caso concreto e o texto legal. Deve também considerar o horizonte de sentido proporcionado pelo Estado Democrático de Direito em que a demanda se desenvolve, compreendido como reflexo da mutação social e evolução dos costumes e padrões sociais. Somente com a consideração desse horizonte de sentido é que poderá manifestar posição de abertura às novas argumentações, como reflexo das alterações legislativas e, conseqüentemente, das mudanças na interpretação das normas.

Por esta razão, a motivação da decisão jurídica permite o controle das decisões, assumindo até mesmo o condão de disciplinar a tarefa dos juízes ao ponto de sua ausência ser equivalente ao cometimento de um crime. A exigência de fundamentação das decisões judiciais sempre constituiu uma verdadeira garantia contra ativismo, elemento essencial de uma ideologia democrática da justiça, ao ponto de se extrair que dentre as tarefas do magistrado inafastavelmente está à explanação das razões que o levaram a optar por uma delas.

Assim, se extrai que o juiz intérprete não está desonerado de elaborar discursos de aplicação. E, com a hermenêutica há um efetivo controle da interpretação, onde os princípios passam a ocupar espaço privilegiado: na prática do direito, construídos através do espaço democrático da política e da moral, como propõem a teoria gadameriana e também a dworkiniana. Com isto ocorrerá a reinclusão do mundo prático e da facticidade, no discurso jurídico, sendo que, qualquer decisão que rompa com a cadeia de princípios, sem a adequada fundamentação, inclinará o magistrado para a atuação discricionária, pois é exatamente esse espaço que os princípios alcançam no Estado Democrático de Direito: a diminuição do espaço de discricionariedade na decisão judicial através do fortalecimento dos limites do direito, da moral e da política.

Em suma: princípios não são valores, mas sim virtudes que implicam comprometimento com as decisões anteriormente tomadas e com os princípios que institucionalizaram tais decisões. Os princípios são responsáveis pela racionalização moral política de determinado problema, servindo para aumentar a certeza do direito ao limitar as possibilidades interpretativas, obrigando os juízes a atribuir aos textos legais somente os sentidos normativos compatíveis com eles. Conclui-se, portanto, que os princípios encerram a densidade normativo-concreta de um mandamento legal e, por isso, a juridicidade do princípio somente pode ser determinada efetivamente no momento de sua aplicação. Igualmente não pode haver uma relação de oposição entre regras e princípios, pois nenhum princípio deixa de ter importância ao ponto de ser excluído da fundamentação de uma decisão.

O papel dos princípios é fundamental para o controle das decisões judiciais, pois os princípios não são estruturas ou meros enunciados previamente elencados e interpretados. Não se pode partir do princípio para resolver um caso, mas, sim, de uma regra apta para resolvê-lo e, caso a porosidade desta regra necessite a aplicação de um princípio, este será utilizado, partindo do caso em concreto, para realizar o fechamento da decisão correta. Esse é o espaço e o papel dos princípios na busca da decisão correta, que preserve a autonomia do direito.

Diante do que se extrai que a saída para enfrentar o problema da magistratura no século XXI está na atuação do juiz observando a integridade do direito. Quando o juiz atua dentro da integridade não pratica inovações decisivas, simplesmente desvela qual é o direito apresentado, construído com de um sistema de princípios historicamente formado e assumido. Caso uma decisão judicial inove (quebrar/alterar) as convicções anteriores estará tornando efetivo os direitos políticos já existentes, simplesmente porque as circunstâncias variaram e os princípios mudaram de peso com o decorrer do tempo. Em suma: a integridade incentiva o juiz a ser mais abrangente e imaginativo em sua busca de coerência com o princípio fundamental aplicável ao caso, que justifique o direito como um todo.

REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 5. ed. Trad. Alfredo Bossi. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

AVELÃS NUNES, António José. *Do estado liberal à “revolução keynesiana”*. Disponível em: <<http://www.odiarario.info/b2-img/avelasnunes.pdf>>. Acesso em: 20 fev 2016.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa. Contribución al estudio de los fines del proceso*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

_____. *Teoría Del Discurso y Derechos Constitucionales*. México: Distribuciones Fontamara, 2005.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2008.

AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 2006.

ANDRADE, Fernando Gomes. *Considerações iniciais acerca do controle judicial concernente a concretização dos direitos fundamentais sociais prestacionais contidos na CF/88 – uma análise crítica da atuação do STJ e STF*. In: *Constitucionalismo, Tributação e direitos humanos*. SCAFF, Fernando Facury (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

_____. *O que é política?* 3. ed. Trad. Reinaldo Guarany. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

ARISTÓTELES. *Tópicos. Dos argumentos sofisticos*. Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

ARRUDA JR., Edmundo L. de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. *Fundamentação Ética e Hermenêutica: alternativa para o Direito*. Florianópolis: CESUSC, 2002.

ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. In: *Revista Diálogo Jurídico* Ano I. vol. I. n.º. 4. Julho de 2001. Salvador: Bahia, 2001.

BARBOSA, Hélder Fábio Cabral. *A efetivação e o custo dos direitos sociais: A falácia da Reserva do possível*. In: *Estudos de direito constitucional*. Fernando Gomes de Andrade (Org.). Recife: Edupe, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional*. In: *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Luís Roberto Barroso (Org.). 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. In: [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol. 5, nº 1, 2012, p.23-32.

_____. *Jurisdição constitucional: a tênue fronteira entre o direito e a política*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>>. Acesso em 20 fev 2016.

BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política, por uma teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

_____. *O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria celeste C. J. Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

_____. *Liberalismo e Democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1997.

_____. *O futuro da democracia; uma defesa das regras do jogo*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BONAVIDES, Paulo. *A despolitização da legitimidade*. Vol. I e II. Portugal: Revista O Direito, 1993.

_____. *Curso de direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros. 2008.

BÖCKERNFÖRDE, Ernest Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000.

CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. Trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. V. 3. 15. ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Judiciário e a democracia no Brasil*. Revista USP. São Paulo, n. 21, p. 116-125: Coordenadoria de Comunicação Social (CCS) / USP, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. *“Brancosos” e a interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Lisboa: Almedina, 2008.

_____. *A principalização da jurisprudência através da Constituição*. Revista de Processo nº 98. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Princípios: entre a sabedoria e aprendizagem*. Boletim da Faculdade de Coimbra, v. LXXXII, p. 1-14, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

_____. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CÁRCOVA, Carlos M. *¿Qué hacen los jueces cuando juzgan?* In: Las teorías jurídicas post positivistas. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.

CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CARNEIRO, Walber Araújo. *Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CASTANHEIRA NEVES, António. *Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema” – modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito*. In: SANTOS, Luciano Nascimento (Coord.). Estudos jurídicos de Coimbra. Curitiba: Juruá, 2007, p. 229-268.

_____. *Direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito*. In: NEVES, António Castanheira. (Org.). Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Dell' azione nascende dal contratto preliminare. Saggi di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1993.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 2000.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

_____. *Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes*. VIANNA, Luiz Werneck (Org.). A democracia e os três poderes no Brasil. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002

COCHRAN, Augustus B. *Breves considerações sobre o ordenamento jurídico norte-americano*. ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba. Ano III, nº 7, p. 288-298, jan/jun. 2012.

COELHO, *Inocência Mártires*. *Interpretação constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

COLESANTI, Vittorio. *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*. *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1975.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie costituzional e o giusto processo – modeli a confronto*. *Revista de Processo*. Ano 2000, nº 90.

COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). *O Estado de Direito. História, teoria e crítica*. Trad. de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

COUTURE, J. Eduardo. *Introdução ao Estudo de Processo Civil*. Rio de Janeiro: José Kofino Editor, 1970.

CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue disposizione di principio*. Milano: Giuffré, 1952.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 2007.

DAMASKA, Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del estado*. Editorial Jurídica de Chile, 2000.

DAVID, René. *Grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. de Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1995.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 15. ed. rev., ampl. e atual. até a Lei nº 12.322/2010. São Paulo: Atlas, 2011.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *A justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. *Justiça para ouriços*. Trad. de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012.

ENGELMANN, Wilson. *Direito Natural, Ética e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ESSER, Josef. *Principios y normas en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1961.

_____. *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*. Trad. Salvatore Patti e Giuseppe Zaccaria. Camerino: Edizione Scientifiche Italiane, 1983.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 1997.

FERNÁNDEZ-LARGO, Antônio Osuna. *La hermenêutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*. Valladolid: Heraldo de Samora, 1992.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Aurélio: o dicionário da língua portuguesa*. Curitiba: Positivo, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria geral do garantismo*. Trad. de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência*. Revista USP. São Paulo, n. 21, p. 13-21. Coordenadoria de Comunicação Social (CCS) / USP, 1994.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 2008.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método, Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.

_____. *Hermenêutica em retrospectiva*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.

_____. *Hermenêutica em retrospectiva*. 2. ed. Vol. 1: Heidegger em retrospectiva. Trad. Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Vozes, 2007.

_____. *Hermenêutica em retrospectiva*. 2. ed. Vol. 2: A virada hermenêutica. Trad. Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Vozes, 2007.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GIULIANI, Alessandro e PICARDI, Nicola. *La responsabilità del Giudice*. Milano: Giuffrè, 1995.

GOLDSCHIMIDT, Werner. *Introducción al derecho (estructura del mundo jurídico)*. Madrid: Aguilar, 2001.

GOMES, Luiz Flavio. *A dimensão da Magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Mudanças contínuas: a única coisa permanente no direito*. In: Última instância. Disponível em: <<http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/colunas/2581/mudancas+continuas+a+unica+coisa+permanente+no+direito.shtml>>. Acesso em 21 fev 16.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Princípios, a [in]segurança jurídica e o magistrado*. In: Revista AMAGIS JURÍDICA. Ano IV, n. 7, jan./jun. 2012.

_____. *Por que tenho medo dos juízes*. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2013.

GROPPALI, Alexandre. *Doutrina do Estado*. Trad. Paulo Edmur de Souza Queiroz. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1962.

_____ ; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito supraconstitucional: do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GRONDIN, Jean. *Hermenêutica: introdução à hermenêutica filosófica*. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999.

GUASTINI, Riccardo. *Teoria e dogmatica delle fonti*. Milano Giuffrè, 1998.

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a factividade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. 3. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Rio de Janeiro: Vozes, 1999.

HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o direito*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2009.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Invalidades Processuais: análise das questões objetivas dos concursos para ingresso na carreira da Magistratura*. Santa Rosa: Editora Coli, 2009.

_____. *O direito fundamental ao devido processo legal/constitucional frente à institucionalização do pan-principiologismo processual*. SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPÍNDOLA, Angela Araujo da Silveira (Org.). Anais do II Congresso Internacional Jurisdição, Constituição e Democracia. Direito Fundamental ao Devido Processo Constitucional na América Latina: entre o neoliberalismo e a democratização. Vol. 1. São Leopoldo: Unisinos, 2010.

_____ ; MOTTA, Francisco José Borges. *Princípios e Regras: um problema epistemológico ou hermenêutico*. In: Anais do III Congresso de Direito, Multiculturalismo e Cidadania – I Encontro Regional de Antropologia e Direito. Santo Ângelo: FURI, 2009.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *A profissão de juiz, hoje*. In: Revista Julgar da Associação Sindical dos Juizes Portugueses, nº 1. Portugal: Coimbra Editora, 2007, p. 20/35.

INWOOD, Michel. *Dicionário de Heidegger*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

JAPIASSÚ, Hilton. *Dicionário básico de filosofia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Buenos Aires: Albatroz, 1973.

JOBIM, Marco Félix; MACEDO, Elaine Harzheim. *Das normas fundamentais do processo e o novo Código de Processo Civil brasileiro: repetições e inovações*. In: RIBEIRO, Darci; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Desvendando no novo CPC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Trad. José Luis Bolzan de Moraes. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

JÚNIOR, Fredie Diddier. *Curso de Direito Processual Civil: teoria do processo e processo de conhecimento*. Vol. 1. 11. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Jus Didivm, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

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

LEITE, Antonio José Teixeira. *O ativismo judicial da suprema corte americana sob a presidência de Earl Warren*. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; BARROS, Janete Ricken de *Ativismo em decisões judiciais/ Organizador Paulo Gustavo Gonet Branco – Brasília : IDP, 2014*. Disponível em: <<http://www.idp.edu.br/publicacoes/portal-de-ebooks>>. Acesso em 04 abr 2015.

LEVAGGI, Abelardo. *Manual de Historia del Derecho Argentino*. Parte General. Tomo I. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1998.

LIEBMAN, Enrico Tulio. *Do arbítrio à razão: reflexões sobre a motivação da sentença*. In: Revista de Processo, no. 29, ano VIII, jan-mar, 1983.

LOPES, José Mouraz. *Formação de juizes para o século XXI: formar para decidir. Formar para garantir*. In: Revista Julgar da Associação Sindical dos Juizes Portugueses, no. 4. Portugal: Coimbra Editora, 2007, p. 133/158.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Garantia de acesso à justiça: assistência judiciária e seu perfil constitucional*. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da Decisão Judicial*. São Paulo: RT, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. Volume 1: teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Antecipação da tutela*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Millennium, 2003.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Linha administração e políticas públicas: o controle disciplinar da magistratura e o perfil ético do magistrado*. São Paulo: Saraiva, 2016.

MATOS, José Igreja. *O juiz e o processo civil (contributo para um debate necessário)*. In: Revista Julgar da Associação Sindical dos Juízes Portugueses, nº 2. Portugal: Coimbra Editora, 2007, p. 78/97.

_____. *A gestão processual: um radical regresso às raízes*. In: Revista Julgar da Associação Sindical dos Juízes Portugueses, nº 10. Portugal: Coimbra Editora, 2010, p. 123/137.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MERRYMAN, John Henry. *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*. México: Fondo de Cultura Económica, 1979.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do espírito das leis*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria do estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *As crises do Estado e da Constituição e a Transformação dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____.; et al. *A jurisprudencialização da Constituição. A construção Jurisdicional do Estado Democrático de Direito*. In: *Constituição, sistemas e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2002, p. 318.

MOREIRA, Alexandre Mussoi. *A transformação do Estado: neoliberalismo, globalização e conceitos jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política: fundamentos e técnicas constitucionais da democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2009.

_____. *Quem é o povo: A questão fundamental da democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. *Métodos de trabalho de Direito Constitucional*. 3. ed. Trad. Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2005.

NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006.

NUNES, Benedito. *Heidegger & Ser e Tempo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo do processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *O Processo Civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. In: *Jurisdição e Direitos Fundamentais*. Tomo II. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*. In: *Academia: Revista sobre enseñanza del Derecho*. Año 4, número 8, 2006, p. 101-130.

_____. *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*. Trad. Paulo Neves. São Leopoldo: UNISINOS, 2004.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1995.

_____. *Teoria de los derechos fundamentales y transformaciones del sistema constitucional*. *Revista da Faculdade de Direito da Fundação do Ministério Público*, nº 2, 2008, p. 43/61.

_____. *¿Qué significa Juzgar?* In: *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 32, 2009.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PEYRANO, Jorge W. *Sobre el proyecto en curso de reformas al Código Procesal Civil de Brasil*. In: RIBEIRO, Darci; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Desvendando no novo CPC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PICÓ I JUNOY, Juan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: Bosch, 1997.

_____. *El derecho a la prueba em proceso civil*. Barcelona: Bosch, 1996.

_____. *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y recusación*. Barcelona: Bosch, 1998.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo*. Vol. 1: teoria geral do processo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Calavcanti. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2. ed. Tomo IV. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

PRICE, Jorge Eduardo Douglas. *La decisión judicial*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2012.

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

RASELLI, Alessandro. *Il Potere Descrizionale del Giudice Civile*. Pádua: CEDAM, 1927.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. Lisboa: Editorial Presença, 1997.

REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 1998.

RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*. Bosch, 2004.

_____. *Provas atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998.

_____. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. *Esboço de uma teoria processual do direito*. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2008.

_____. *Perspectivas epistemológicas do direito subjetivo*. In: *Revista da AJURIS – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Ano 38, nº 121. Porto Alegre: AJURIS, 2011.

_____. *A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC*. Constituição, sistemas e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2013.

_____; SCALABRIN, Felipe. *O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa*. In: Revista da AJURIS – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Ano 26, nº 75. Porto Alegre: AJURIS, 1999.

_____; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Desvendando no novo CPC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

ROSA, Alexandre Morais da. *O hiato entre a hermenêutica filosófica e a decisão judicial*. In: *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. Ernildo Stein e Lenio Streck (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. *A atuação do juiz no direito processual civil moderno*. São Paulo: Atlas, 2008.

SANCHÍS, Luiz Prieto. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.

SANTOS, André Leonardo Copetti. *Elementos de filosofia constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2011.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. 2º Vol. São Paulo: Saraiva, 2008.

SANTOS, Tomás-Javier Aliste. *La motivación de las resoluciones judiciales*. Madrid: Marcial Pons, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 200.

SARMENTO, Daniel Souza. (Org.) *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007.

SCHAPP, Jan. *Problemas fundamentais da metodologia jurídica*. Trad. de Ernildo Stein. Porto Alegre: SAFE, 1985.

SCHLEIERMACHER, Friedrich. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Trad. de Celso Reni Braida. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2003.

SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. 1. ed. Buenos Aires: Struhart e Cia, 2005.

SEMINÁRIO INTERNACIONAL O PERFIL DO JUIZ NA TRADIÇÃO OCIDENTAL. Org. Instituto de História do Direito e do Pensamento Político da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Conselho Superior de Magistratura. Lisboa: Almedina, 2009.

SEÑA, Jorge F. Malem. *Podem as “más pessoas” ser bons juízes?* In: Revista Julgar da Associação Sindical dos Juizes Portugueses, nº 2. Portugal: Coimbra Editora, 2007, p. 31/54.

SICHES, Recásens. *Experiencia jurídica de la cosa y lógica razonable*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.

SILVA, Cristine Oliveira Peter da. *Hermenêutica de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. Vol. 1. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. In: Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1. 2003, p. 607/630.

_____. *O proporcional e o razoável*. In: Revista dos Tribunais 798. 2002, p. 23/50.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à sumula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2007.

STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.

_____. *Inovação na Filosofia*. Ijuí: Editora Unijuí, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *O que é isso - Decido conforme minha consciência?* 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *Desconstruindo os modelos de juiz: a hermenêutica jurídica e a superação do esquema sujeito-objeto*. In: STRECK, Lenio Luiz e BOLZAN DE MORAIS, José Luís (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, n. 4. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. *Hermenêutica (jurídica): Compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do Ontological Turn*. *Constituição, sistemas e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2003.

_____. *Súmulas, vaguezas e ambiguidades: necessitamos de uma “teoria geral dos precedentes?”* In: *Direitos Fundamentais & Justiça*. Revista do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS. Porto Alegre, ano 2, nº 5, p. 162/185, out/dez 2008.

_____. *Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito*. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, janeiro-junho 2009. Unisinos: 2009, p. 65/77.

_____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil*. In: *Novos Estudos Jurídicos - Volume 8 - Nº 2 - p.257/301*, maio/ago. 2003.

_____. *O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto*. In: *Senso Incomum, CONJUR*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>>. Acesso em: 29 dez 15.

_____. *O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo?* In: *Senso Incomum, CONJUR*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo>>. Acesso em: 07 jan 16.

_____. *A inconstitucionalidade da ponderação de normas no NCPC*. In: RIBEIRO, Darci; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Desvendando no novo CPC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

_____; DELFINO, Lúcio. *Novo CPC e decisão por equidade: a canibalização do Direito*. In: *CONJUR*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-29/cpc-decisao-equidade-canabalizacao-direito>>. Acesso em: 07 jan 16.

_____; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência Política e Teoria Geral de Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SUNSTEIN, Cass R. *Constitutional Personae*. Disponível em: <<http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:16217272>>. Acesso em: 02 mar 2015.

TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova, 1975.

_____. *Aspetti Fondamentali del processo civile di Civil Law e di Common Law*. Padova, 1994.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política*. In: *Revista direito GV* vol. 8 nº1 São Paulo Jan./Jun 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

TOSTA, Jorge. *Manual de interpretação do Código Civil: as normas de tipo aberto e os poderes do juiz*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

TRINDADE, André Karam. *Hermenêutica e jurisprudência: o controle das decisões judiciais e a revolução copernicana no Direito processual brasileiro*. In: *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, setembro-dezembro 2015, p. 243-252.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias constitucionais da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões no novo CPC*. In: RIBEIRO, Darci; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Desvendando no novo CPC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas*. Trad. Susana Elena Dalle Mura. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VILA, Marisa Iglesias. *El problema de la discreción judicial*. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 1999.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito III: o Direito Não Estudado Pela Teoria Jurídica Moderna*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.