

COLEÇÃO
Direito
PROCESSUAL
na Ordem
CONSTITUCIONAL

Coordenadores
Luiz Rodrigues Wambier
Fábio L. Quintas
Georges Abboud

Poderes do juiz no Processo Civil e sua conformação Constitucional

Newton Pereira Ramos Neto

2^o edição | revista,
atualizada
e ampliada

2021

 EDITORA
*Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

do poder. A solução, pois, residia em certo amordaçamento da referida atividade através de sua constrição aos limites extremos de um legalismo acrítico²⁸⁸. Evitava-se o eventual abuso com a extirpação de qualquer viés criativo no exercício da arte de julgar.

Nessa tendência, calha bem a ideia de neutralidade proposta pelo positivismo jurídico, o qual, a partir de uma visão de completude do ordenamento jurídico, buscava dar solução a todos os problemas a serem enfrentados pelo Direito.

O direito, como essa normatividade específica, diferenciada e decorrente de ideias abstratas consideradas verdadeiras por evidência, como analisa Marcuse, só poderia ser compreendido agora como um ordenamento de leis racionalmente elaboradas e impostas à observação de todos por um aparato de organização política laicizado.

[...]

Assim, o paradigma do Estado de Direito, ao limitar o Estado à legalidade, ou seja, ao requerer que a lei discutida e aprovada pelos representantes da ‘melhor sociedade’ autorize a atuação de um Estado mínimo, restrito ao policiamento para assegurar a manutenção do respeito às fronteiras anteriormente referidas e, assim, garantir o livre jogo da vontade dos atores sociais individualizados, vedada a organização corporativa-coletiva, configura, aos olhos dos homens de então, um ordenamento jurídico de regras gerais e abstratas, essencialmente negativas, que consagram os direitos individuais ou de primeira geração, uma ordem jurídica liberal clássica. É claro que sob esse primeiro paradigma constitucional, o do Estado de Direito, a questão da atividade hermenêutica do juiz só poderia ser vista como uma atividade mecânica, resultado de uma leitura direta dos textos que deveriam ser claros e distintos, e a interpretação algo a ser evitado até mesmo pela consulta

288. Como ressalta Ronald Dworkin, ao criticar o que ele chama de conservadores em questões de direito, para estes “o direito é o direito. Não é o que os juízes pensam ser, mas aquilo que realmente é. Sua tarefa é aplicá-lo, não modificá-lo para adequá-lo à sua própria ética ou política.” (DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*, p. 141).

ao legislador na hipótese de dúvidas do juiz diante de textos obscuros e intrincados²⁸⁹.

O Direito, nessa perspectiva, passa a ser visto como uma simples questão de fato, de modo que os juízos de valor que circundam diversos debates decorrem de discussões sobre o que o Direito deveria ser – e não sobre o que efetivamente é –, preocupação que melhor se encaixa no discurso da Política e da Moral.

Para o positivismo, portanto, o papel do juiz é eminentemente descritivo²⁹⁰, de modo que cabe a ele, como um observador imparcial, apenas declarar o que foi decidido pela autoridade legislativa, através do catálogo de regras, a partir de critérios semânticos²⁹¹. Norma jurídica, nessa concepção, é apenas norma válida, para o que se deve abstrair qualquer noção de justiça e eficácia da norma²⁹².

Desse modo, verifica-se que a necessidade de se dar ao Direito um caráter científico levou o positivismo a identificá-lo com proposições descritivas moralmente neutras. O Direito era então visto como um catálogo de regras que permitia a enunciação de juízos de fato cuja

289. CARVALHO NETTO, Menelick de. Hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Notícia do Direito Brasileiro*, Brasília, v. 6, p. 25-44, jul./dez. 1998, p. 241. Grifos do autor.

290. Daí afirmar Hans Kelsen que “a interpretação científica é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 395).

291. Sobre o tema, vide também: HART, Herbert Lionel Adolphus. *Positivism and the Separation of Law and Morals*.

292. Essa perspectiva, entretanto, não afasta a indeterminação inerente ao Direito Positivo, que seria, pois, em parte determinado pelo texto e, em parte, aberto para o intérprete. Assim, reduzida a texto oficial, a tarefa da ciência do Direito está limitada à descrição do quadro de suas leituras possíveis, ao que se segue a escolha discricionária da autoridade competente no momento de sua aplicação. O papel do Direito, portanto, seria o de limitar o poder discricionário da autoridade que aplica a norma, reduzindo-o ao espectro das interpretações cabíveis a partir de uma moldura definida pelo texto legal (sobre este tema, vide: CARVALHO NETTO, Menelick de. A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito. De Hans Kelsen a Ronald Dworkin. *Cadernos da Escola do Legislativo*. v. 03, n. 05, p. 27-30, jan./jun. 1997, p. 40).

veracidade poderia ser atestada pela verificação da equivalência entre o resultado dessa interpretação e a norma-objeto descrita. Tratava-se de um sistema fechado, segundo o qual as decisões jurídicas podiam ser inferidas por meios lógicos a partir das regras predeterminadas. Qualquer decisão fora desses parâmetros baseava-se em padrões extrajurídicos, oriundos da política ou moral²⁹³.

O objeto da ciência jurídica, assim, foi isolado do objeto das demais ciências. Com isso buscou-se dar pureza científica ao Direito, que passaria a ter objeto próprio e independente, buscando-se, ademais, uma “precisão matemática” no processo interpretativo através de recurso a categorias semânticas. Imaginava-se que a garantia de uma jurisdição democrática repousava na crença de que os juízes apenas podiam declarar a vontade concreta da lei²⁹⁴.

Nesse contexto, o positivismo rejeita a ideia de que direitos possam existir independentemente de qualquer forma legislativa. Noutras palavras, rejeita a ideia de que direitos possam ser reconhecidos judicialmente para além do conjunto de regras explícitas presentes

293. Como já asseverado alhures, essa descrição do positivismo baseia-se nos argumentos expostos na 1ª edição da Teoria Pura do Direito. Como se sabe, a partir da 2ª edição propôs-se uma teoria bifásica da interpretação. Primeiramente, haveria um *ato de conhecimento*, através do qual o jurista descreve as possibilidades interpretativas do texto. Num segundo momento, haveria um *ato de vontade*, segundo o qual o jurista faz opção por uma das interpretações cabíveis, ao sabor de suas preferências pessoais, de modo a não existir, nesse momento, qualquer mecanismo de controle do ato judicial, que, por isso mesmo, caracteriza-se como decisionismo. De forma semelhante, Hart defenderá a ideia da existência de uma discricionariedade judicial (HART, Herbert Lionel Adolphus. *Positivism and the Separation of Law and Morals*, p. 139).

294. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 128. “Se a codificação napoleônica foi a racionalização do direito, racional concebia-se o ato de julgar para repetir, sem sabor, o esquema cansado e gasto [o silogismo entre a premissa maior e a menor, sendo esta o caso concreto] [...]. A vontade geral imputável à nação era a vontade majoritária da nova classe, que destruiu as estruturas aristocráticas. E o ato jurisdicional, por mais apertado que fosse o cerco legalista, movia-se numa margem de discricionariedade insusceptível de ser eliminada.” (VILANOVA, Lourival. *O Poder de Julgar e a Norma*. In: _____. *Escritos Jurídicos e Filosóficos*. São Paulo: Axis Mundi/IBET, 2003, p. 360).

em uma dada comunidade, o qual constituiria, assim, a totalidade dos direitos dessa mesma comunidade²⁹⁵. Diante da ausência de uma regra clara, estabelecida previamente pelo Estado, a possibilidade de reconhecimento de direitos preexistentes nada mais é do que uma ficção. Nesses casos, o juiz legisla novos direitos, a partir do uso de um suposto poder discricionário, aplicando-os retroativamente²⁹⁶.

Subjacente a esse discurso estava a ideia de segurança jurídica que o positivismo jurídico poderia pretensamente garantir. Haveria segurança apenas quando o direito oferecesse certeza, o que seria possível através da positividade, consubstanciada em uma possível previsibilidade de resultados baseada na expectativa de comportamentos já definidos no ordenamento formal. O Direito deveria ser previamente fixado; as leis deveriam ser determinadas do modo mais exato possível.

Mas a busca por essa segurança no processo interpretativo sucumbirá historicamente diante do reconhecimento – no campo das ciências sociais e jurídicas – da impossibilidade de completa apreensão científica dos fatos. As incertezas e os riscos em relação ao futuro passam a ser a pedra de toque na evolução da ciência, especialmente em razão da impossibilidade de obtermos respostas universalizantes para os problemas humanos diante do pluralismo dos modos de vida. Atualmente, sabe-se que a ciência é um conhecimento precário e provisório, que necessita de fundamentação contínua.

Ainda quando uma lei pretenda esgotar a situação de aplicação, não há situação de aplicação no mundo que não seja única, que não requeira do aplicador imenso trabalho para que uma injustiça não seja cometida. O ordenamento é necessariamente complexo porque se existe o princípio da publicidade há o da privacidade. E tenho de estar sempre muito preocupado com o oposto daquilo com que estou trabalhando, porque é assim que a situação poderá me dizer o que vou regulamentar, como vou

295. Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. XIV.

296. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 128.

proceder. Princípios opostos, dada a sua abertura para a vida, não apenas se excluem mutuamente como concorrem entre si para a regência das situações concretas e, assim, são, na verdade, normativamente constitutivos um do outro, são intrinsecamente complementares no terreno da aplicação.

A ideia central é precisamente não abriremos mão do conhecimento que podemos ter agora em razão da nossa própria experiência prática e da vivência histórica acumulada. É óbvio que pode ser recomendável uma racionalização principiológica das leis, mas é preciso que abdiquemos do excesso de pretensão racional que marcou a experiência da codificação clássica. Nunca iremos esgotar a complexidade da vida mediante a elaboração de leis detalhadas e que busquem nos liberar da tarefa árdua de aplicá-las. [...] Nossa racionalidade é limitada e é profundamente contrária ao atual conceito de ciência a pretensão de um saber que se queira absoluto²⁹⁷.

Daí afirmar-se que não podemos mais ser vítimas de uma pretensão da ciência como mecanismo de descoberta da verdade²⁹⁸. A lei geral e abstrata não integra um ordenamento harmônico, lógico, acabado e fechado, mas, ao contrário, pressupõe sempre uma densificação dos princípios da liberdade e igualdade, que, em tese, podem se encontrar em tensão com outras normas igualmente válidas. Tudo isso ocorre no âmbito de um ordenamento que exige complementaridade e não antagonismo, uma vez que tais normas estão dirigidas à regulação de hipóteses concretas, necessariamente mais intrincadas que as previsões abstratas,

297. CARVALHO NETTO, Menelick. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, MG, v. 88, p. 81-108, dez. 2003, p. 104-105.

298. Por essa razão, ao tratar do movimento denominado “giro linguístico”, ressalta Paulo de Barros Carvalho que “a cada dia, com o cruzamento vertiginoso das comunicações, aquilo que fora tido como ‘verdade’ dissolve-se num abrir e fechar de olhos, como se nunca tivesse existido, e emerge nova teoria para proclamar, em alto e bom som, também em nome da ‘verdade’, o novo estado de coisas que o saber científico anuncia.” (CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*, p. 159).

não dispensando, pois, a atividade própria e específica daquele incumbido de aplicá-las²⁹⁹.

Nesse cenário, a derrocada do Estado Liberal contribuiu decisivamente para uma mudança de perspectiva no conceito de Constituição. Utilizara-se o constituinte do Estado Social de cláusulas que pretendiam consagrar os compromissos e as diretrizes do Poder Público com a implementação de interesses sociais, enunciando-se, através de cláusulas gerais, direitos sociais relativos ao trabalho, à educação, entre outros. Expressão desse movimento foram as Constituições do México, de 1917, e de Weimar, de 1919.

O papel do Judiciário altera-se significativamente nesse ambiente de declínio do paradigma liberal, de modo especial, a partir da expansão do constitucionalismo na segunda metade do século XX³⁰⁰.

As cláusulas compromissórias próprias do Estado de bem-estar social implicaram em atribuição de maior ênfase à função do Poder Executivo no campo da realização dos direitos fundamentais.

Mais adiante, a partir da constatação do déficit de efetividade das cartas constitucionais em virtude da postura omissiva do poder político, passou-se à construção de uma hermenêutica voltada ao incremento do papel do Judiciário nessa seara³⁰¹.

No período do pós-guerra, portanto, o processo inaugurado com a era das codificações – na qual a lei era exatamente a ferramenta de contenção de um Poder Judiciário que historicamente não inspirava confiança³⁰² – inverte-se, passando o magistrado a

299. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*, p. 23.

300. Em sentido semelhante, cf.: TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*, p. 71 e ss.

301. Sobre o tema, indica-se a leitura da obra de Garapon. (GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Tradução Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1996).

302. Pelo menos na Europa Continental, já que esse fenômeno não se repetiu nos Estados Unidos da América. Com efeito, a desconfiança em relação aos juízes, historicamente alinhados à nobreza, nasce na Revolução Francesa e perdura durante o período na-

construir direitos a partir das denominadas cláusulas programáticas, de nítido caráter aberto³⁰³, numa tendência de “normativização” da Teoria da Constituição³⁰⁴.

A atividade interpretativa dos tribunais, nesse contexto, incrementar-se-á a partir da necessidade de se proceder à leitura das cláusulas abertas e enfrentar-se a questão relativa à conversão dessas previsões abstratas em direitos efetivos, com a fuga de uma concepção meramente formal dos textos normativos.

Passa-se a engendrar, no plano da filosofia, uma teoria material do Direito a partir da constatação da insuficiência do positivismo – notadamente do normativismo kelseniano – como mecanismo

poleônico. Até hoje a Constituição Francesa denomina o Judiciário de “Autoridade” e não “Poder”, diferentemente do que faz em relação ao Executivo e Legislativo. O fenômeno não se repetiu nos Estados Unidos em face do legado inglês na sua conformação, destituído de características antipopulares, como se dava na França.

303. “A indeterminação do Direito, por sua vez, repercutiria sobre a relação entre os Poderes, dado que a lei, por natureza originária do Poder Legislativo, exigiria o acabamento do Poder Judiciário, quando provocado pelas instituições e pela sociedade civil a estabelecer o sentido ou a completar o significado de uma legislação que nasce com motivações distintas às da ‘certeza jurídica’. Assim, o Poder Judiciário seria investido, pelo próprio caráter do Estado Social, do papel de ‘legislador implícito’.” (VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 21). Na mesma linha, ressalta Mauro Capelletti que a consagração de direitos econômicos e sociais, notadamente a partir de cláusulas de conteúdo indeterminado, também é elemento que contribui decisivamente para o protagonismo judicial da era contemporânea (CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993, p. 68).
304. Para Gilberto Bercovici, uma das poucas teorias constitucionais que tentou escapar dessa “normativização” foi a teoria da “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, proposta por Peter Häberle. Nessa teoria, sustenta-se que todos os setores da sociedade estão vinculados ao processo de interpretação constitucional, de modo que não se pode limitar ou reduzir os intérpretes do texto constitucional aos atores jurídicos e participantes formais do processo constitucional (BERCOVICI, Gilberto. *A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira et al. (Org.). *Teoria da Constituição: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 109).

de fundamentação do fenômeno jurídico, fugindo-se, pois, de uma dicotomia que embalou o pensamento ao longo dos séculos: Direito Natural e Direito Positivo³⁰⁵. O Direito moderno, pois, é marcado como um sistema fruto de decisões contingentes adotadas em um determinado contexto histórico, apresentando-se como um fenômeno que reproduz a si próprio a partir de fatos sociais, sempre sujeito a mudanças alheias a qualquer compreensão metafísica das fontes normativas³⁰⁶.

Surgem, portanto, a partir da segunda metade do século XIX, manifestações de conflito e revolta por parte de setores atingidos pela crescente desigualdade material na distribuição de poder e riqueza. Esse processo é acelerado pela Revolução Industrial inglesa, que altera substancialmente o sistema econômico e explicita determinadas dificuldades de acesso – de enorme parcela da população – a bens de consumo e participação política. São bastante conhecidos os fatores de passagem que marcam a ruptura do paradigma liberal: a eclosão de movimentos revolucionários na Europa (a partir, principalmente, de 1848), o surgimento e crescimento de doutrinas de feição socialista ou anarquista (que tinham como ponto comum a forte rejeição ao Estado Liberal então vigente) e a organização de setores da sociedade em novos grupos de pressão (sujeitos coletivos de direito, como associações ou sindicatos profissionais). É desse período que datam as primeiras manifestações, já no campo da teoria da constituição, acerca do estrito formalismo em que vinha incorrendo o Estado Liberal. Recorde-se, quanto a esse ponto, o discurso de Lassalle em Berlim (1863), em que qualifica as constituições liberais como meras “folhas de papel”³⁰⁷.

305. Nesse sentido, é a manifestação de Paulo Bonavides na apresentação da obra de Müller (MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005).

306. Sobre o tema, vide, entre outros: LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2. ed. Tradução Javier Torres Nafarrate. México: Herder e Universidad Iberoamericana, 2005.

307. PINTO, Cristiano Paixão Araujo. Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito. In: PEREIRA, Claudia Fernanda Oliveira (Org.).

Nesse contexto de necessidade de materialização dos direitos, o Estado tem sua seara de atuação extraordinariamente ampliada para abranger tarefas vinculadas a essas novas finalidades econômicas e sociais, ganhando o próprio ordenamento maior grau de complexidade. O papel do juiz não poderia mais ser reduzido à aplicação silogística dos textos normativos, passando a constituir tarefa mais complexa diante da dinâmica dos programas e tarefas sociais, notadamente a partir de uma releitura do conceito de separação dos poderes em função das exigências da sociedade moderna³⁰⁸.

Assim, com o reconhecimento da insuficiência do sistema de regras como mecanismo de enfrentamento das demandas sociais, passa-se à construção de uma base filosófica que reconhece os princípios enquanto elementos integrantes do ordenamento jurídico e, portanto, ferramentas utilizáveis no processo interpretativo voltado à resolução das controvérsias jurídicas.

A era dos princípios³⁰⁹, portanto, tornou mais desafiadora a tarefa de definição do conteúdo da norma regente do caso concreto, especialmente à luz de uma necessária racionalidade argumentativa³¹⁰ e do reconhecimento de que o texto é a mera “ponta do *iceberg*”, sendo a posição dos atores decisiva para a exata compreensão

O novo direito administrativo brasileiro. O Estado, as agências e o terceiro setor. v. 1, Belo Horizonte: Forum, 2003, p. 10.

308. Cf. CARVALHO NETTO, Menelick de. *Hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*, p. 243-244.

309. Para um exame do constitucionalismo moderno à luz do pós-positivismo e da constitucionalização de direitos, vide, entre outros: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Ed. Trotta, 2003; SCHIER, Paulo Ricardo. *Filragem constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999; MAIA, Antônio Cavalcanti. Nos vinte anos da Carta Cidadã: do Pós-positivismo ao Neoconstitucionalismo. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 117-168.

310. Ao longo do trabalho, a racionalidade será compreendida nos termos propostos por Habermas, no sentido de uma ação comunicativa baseada em uma argumentação consistente que leve em conta os interesses dos destinatários da decisão. Esse ponto será melhor esclarecido mais adiante.

do preceito incidente na realidade social. A norma jurídica, pois, deixa de ser objeto para se constituir no resultado do processo interpretativo.

Concebido, pois, como súdito de um constitucionalismo reproximador do Direito e da Justiça³¹¹ e refratário de um legalismo acrítico, o sistema jurídico de princípios trouxe à tona concepções fluidas como a dignidade da pessoa humana, que estão a exigir do intérprete maior esforço na definição dos limites de aplicação da norma.

A partir daqui se evidencia o problema dos limites da atividade jurisdicional, já que as constituições contemporâneas favorecerão um ambiente de protagonismo do trabalho hermenêutico, que se enriquece e se torna mais complexo à medida que se exige um incremento na atividade de justificação do resultado decorrente da interpretação das normas e fatos a elas subjacentes.

Por outro lado, essa larga aplicabilidade dos princípios na solução das mais variadas demandas jurídicas gerou uma espécie de “euforia constitucional”³¹². Com efeito, atualmente todas as relações jurídicas podem ser discutidas sob o prisma da Constituição na medida em que se reconhece a sua abertura para o processo interpretativo – que a transforma em “filtro” para a análise do conteúdo dos direitos previstos no ordenamento como um todo – e a necessidade de sua constante materialização nas relações sociais.

Esse fenômeno, por um lado, tem grandes aspectos positivos, já que permite o reconhecimento e a efetivação de direitos

311. No sentido de se reconhecer o vínculo necessário entre Direito e concepções de Justiça, mas não no sentido de se reduzir um ao outro como no jusnaturalismo.

312. Fenômeno que circunstancialmente se identifica com uma espécie de “principiologismo”, na medida em que se busca dar solução a todos os problemas sociais pela invocação não fundamentada de cláusulas constitucionais abstratas (razoabilidade, dignidade da pessoa humana etc.), perseguindo-se, muitas vezes, o afastamento indevido de normas infraconstitucionais válidas, inclusive pela simples discordância do intérprete com as opções políticas adotadas na seara legislativa.

que contribuem sobremaneira para a emancipação social e para a realização do compromisso constitucional de construção de uma sociedade justa e igualitária. Por outro, todavia, vem demonstrando o apequenamento dos demais poderes diante do “terceiro gigante”³¹³, o que revela uma potencial crise no equilíbrio das funções estatais. Daí dizer-se que o populismo judicial corrói a estrutura do Estado Democrático e Constitucional de Direito, revelando-se como uma empresa lesiva aos direitos fundamentais³¹⁴. É dizer, uma certa desconfiança do legislador tem fundamento na própria Constituição Federal – tanto é assim que ela estruturou um complexo sistema de controle de constitucionalidade. Mas essa desconfiança precisa encontrar limites, sob pena de se converter em tirania judicial³¹⁵.

Assim, se houve um passo decisivo na busca de critérios mais precisos para o exercício da interpretação constitucional, é chegado o momento de se refletir seriamente sobre os limites do juiz no Estado Democrático de Direito, a fim de evitar que passemos de um modelo de jurisdição excessivamente contido para outro politicamente invasivo, que não respeite a autonomia do cidadão e de seus órgãos de representação popular.

É dizer, no contexto da crise do Estado Social, e notadamente diante de uma demanda por novos direitos fundamentais³¹⁶, a jurisdição é alçada, muitas vezes, ao patamar de um legislador concorrente ou subsidiário, no dizer de Habermas³¹⁷, em sua forma negativa e

313. CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?*, p. 47.

314. TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*, p. 23.

315. *Ibidem*, p. 31.

316. Sobre a demanda por novos direitos fundamentais, a exemplo dos coletivos e difusos, vide: PINTO, Cristiano Paixão Araujo. *Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito*, p. 7-367.

317. HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho em términos de teoría del discurso. Tradução Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 2005, p. 326 e ss. A citação serve para ilustrar a tendência hodierna de atuação dos tribunais. Todavia, o equilíbrio entre a autonomia pública (soberania

positiva, no sentido da realização da ordem constitucional a partir de uma pauta axiológica de convicções tidas como majoritárias na sociedade³¹⁸. A complexidade da vida passa a ser resolvida sob a perspectiva de um “instrumentalismo constitucional” – basta a solução estar prevista na Constituição – e a crença no Poder Judiciário como “Salvador da República”³¹⁹.

Transitamos, assim, da desconfiança no Judiciário para o descrédito do Legislativo, numa espécie de “demonização” do processo político deliberativo³²⁰. Diante da paralisia histórica das instâncias políticas e de sua incapacidade de realizar propósitos tão audaciosos de uma Constituição extremamente compromissória – fenômeno, por si só, capaz de oportunizar um sentimento de fracasso constitucional –, o Judiciário passou a ocupar os espaços vazios, funcionando, atualmente, como a imagem paternal de uma sociedade órfã e sua mais alta instância moral, na feliz expressão de Ingeborg Maus³²¹.

popular) e privada (direitos humanos), especialmente em países periféricos como o Brasil, exige algumas vezes uma postura ativa do Judiciário até como forma de se assegurar a liberdade do indivíduo, historicamente privado de direitos sociais básicos. Ou seja, não é a intervenção jurisdicional em si que é indevida, mas a ausência de critérios democráticos para se fazê-lo. Assim, a presente reflexão centra-se mais no *como* agir (limites de atuação) o Judiciário do que no *por que* agir (legitimidade).

318. Sobre a Constituição como ordem concreta de valores, vide: ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 81 e ss.

319. BERCOVICI, Gilberto. *A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição*, p. 77.

320. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 103. Há quem afirme, inclusive, que o constitucionalismo dirigente, ao pretender conter todos os princípios e possibilidade de conformação do ordenamento, favoreceria o crescimento do papel político do tribunal constitucional, que se autoconverteria em “senhor da Constituição” (BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos, 1993, p. 197-198).

321. MAUS, Ingeborg. Judiciário como suprego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”, p. 185.

De um lado, essa perspectiva atual da jurisdição permitiu o reconhecimento de que, a partir de uma leitura axiológica do Direito, cabia ao Judiciário realizar as promessas consagradas no texto constitucional, tornando-as realidade vívida. De outro, ensejou a inclusão de argumentos políticos no discurso judicial, a partir de ferramentas argumentativas como a ponderação de interesses e o princípio da proporcionalidade³²², cuja utilização acrítica pode nos conduzir a um retorno às tradições do positivismo, em que se reconhecia a existência de uma discricionariedade judicial a ser utilizada sempre em busca da solução que pareça mais justa³²³.

322. Uma tendência de “subjetivação” da interpretação constitucional na prática dos tribunais é patente. Exemplificativamente, no julgamento acerca da legislação que proíbe a importação de pneus usados (ADPF 101, rel. Min. Cármen Lúcia, julgada em 24/06/09), o Min. Eros Grau, em seu voto-vista, fez considerações sobre a ponderação de princípios, ressaltando que esta se dá “*pelo subjetivismo de quem a opera*.” Disse, ademais, que “princípios de direito não podem ser ponderados entre si, apenas valores podem submetidos a esta operação. Os princípios são normas, mas quando estão em conflitos com eles mesmos são valores”, de modo que pode haver grave incerteza jurídica em razão da técnica da ponderação entre princípios relativos aos conflitos entre direitos fundamentais, pois a opção por um e não por outro é perigosa e ocorre de acordo com o intérprete.

323. Na mesma linha, ressalta José Adércio Leite Sampaio que, por meio da razoabilidade, a Constituição escrita se esvaziou de conteúdo, abrindo-se janelas de incertezas nos discursos de aplicação constitucional. Com efeito, assevera o autor que “a ‘Constituição judicial da razoabilidade’ é, portanto, uma ‘Constituição *ad hoc*’ e relativa [...]”. A ‘Constituição do caso’ e ‘do juiz’ acaba por desnortear a própria teoria constitucional, pois em que bases se permite falar consistentemente em um poder constituinte originário, se a sua obra for uma simples referência vaga entre os espectros de uma razoabilidade sem fim à disposição dos poderes constituídos?” (SAMPAIO, José Adércio Leite. O retorno às tradições: a razoabilidade como parâmetro constitucional. In: _____ (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 94-95). Por sua vez, lembra Virgílio Afonso da Silva, sem firmar posição contrária à utilidade do referido princípio como ferramenta argumentativa no contexto da decisão judicial, que “a invocação da proporcionalidade é, não raramente, um mero recurso a um tópos, com caráter retórico, e não sistemático. Em inúmeras decisões, sempre que se queira afastar alguma conduta considerada abusiva, recorre-se à fórmula ‘à luz do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, o ato deve ser considerado inconstitucional.’” (SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002, p. 31).

Assim, a simples ausência de uma regra clara não impede o reconhecimento de direitos. Mesmo nos denominados casos difíceis, o magistrado continua a possuir o ônus de descobrir os direitos das partes. Porém, sob o prisma do pós-positivismo, o Direito deve ser reconhecido como uma prática construtiva, calcada em argumentos racionais e, por consequência, controláveis.

Nesse contexto, o reconhecimento do Direito como um sistema de princípios deve ser capaz de ensejar uma nítida separação entre escolhas jurídicas e escolhas propriamente políticas. Na verdade, os princípios não se encontram dados no sistema, sendo controversos e modificáveis ao longo da história da humanidade, dependendo sua afirmação de interpretações da prática jurídica cotidiana.

Os princípios não se constituem, ademais, em padrões meta-jurídicos, como queria o positivismo. Sua aplicação torna-se obrigatória no âmbito do sistema jurídico, de modo que os juízes estão jungidos à elaboração da melhor interpretação do caso, devendo aferir a existência dos direitos mesmo diante das lacunas que as regras estabelecidas possam impor. O Direito, assim, revela-se como uma teia inconsútil³²⁴, um sistema capaz de dar resposta a todos os casos a partir de sua interpretação coerente.

Em uma comunidade de princípios, por outro lado, afasta-se a rígida separação entre Direito e Moral, já que o sistema jurídico extrapola o âmbito das regras para buscar solução em cláusulas amplas que impõem ao intérprete um maior esforço hermenêutico³²⁵. Nesta comunidade, os indivíduos atuam como agentes morais, sempre sensíveis aos princípios compartilhados e não apenas às regras previamente fixadas em uma dada carta política.

324. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 180.

325. Por isso Lourival Vilanova já advertia, há certo tempo, que “no final de tudo, na lei, no ato administrativo, na sentença (ato culminante do julgamento), é um só protagonista que se exprime numa só linguagem, a diferença provindo nos atos unicamente do modo de relacionamento desse personagem com o seu mundo, que é o mundo social e o mundo físico entrando pelas perspectivas do social.” (VILANOVA, Lourival. *O Poder de Julgar e a Norma*, p. 356).

A ideia de integridade do Direito atribui ao sistema o caráter de um todo harmônico e coerente³²⁶. Essa perspectiva assume um papel decisivo no controle do arbítrio judicial, especialmente pela importância que se deve atribuir aos precedentes, os quais exercem força gravitacional em relação a decisões futuras que envolvam os denominados *hard cases*³²⁷.

326. Como ressalta Menelick de Carvalho Netto, “essas reflexões de Dworkin marcam o emergir de um novo paradigma que vem, enquanto tal, de forma cada vez mais difundida e internalizada se afirmando através da constituição de um novo senso comum social, de um novo pano-de-fundo para a comunicação social, no qual são gestadas pretensões e expectativas muito mais complexas, profundas e rigorosas no que respeita ao Direito, seja como ordenamento ou esfera própria da ação comunicativa, do reconhecimento e do entendimento mútuo dos cidadãos para o estabelecimento e a implementação da normativa que deve reger sua vida em comum, seja como simples âmbito específico de conhecimento e exercício profissionais. E esse novo paradigma que tem sido denominado pela Doutrina ‘Estado Democrático de Direito’ e que, no Brasil, foi inclusive constitucionalmente consagrado.” (CARVALHO NETTO, Menelick de. A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito, p. 55).

327. Essa diretriz está consagrada no Código de Processo Civil de 2015, que reservou um capítulo inteiro ao tema. Em linhas gerais, dispõe que:

“Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II – os enunciados de súmula vinculante;

III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.” [...].

Também entendendo que o Novo CPC filia-se ao pensamento dworkiniano: BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio. *Precedentes no Novo CPC: é possível uma decisão correta?* Justificando. 08 jul. 2015. Disponível em: <<http://justificando>>.

Ao afirmar a existência de um direito fundamental, deve o juiz demonstrar a coerência dessa afirmação com precedentes anteriores e com os princípios constitucionais, que funcionam como “barreiras de fogo”. Devem revelar os direitos das partes, e não os inventar, como num passe de mágica, com efeitos retroativos a um fato passado³²⁸. Aliás, a adoção de um princípio em um dado caso impõe a atribuição de importância idêntica a ele em situações análogas³²⁹.

Afasta-se, portanto, a busca incessante do positivismo por uma solução segura capaz de eliminar os problemas de interpretação. Em vez de eliminá-los, o pós-positivismo assume o fato de que esses problemas são inerentes à vida em sociedade e busca apenas formas de lidar com eles. Assim, parte-se da premissa de que não existem procedimentos mecânicos capazes de demonstrar os direitos das pessoas. Ao contrário, os casos difíceis são inerentes ao mundo em que vivemos, tanto no âmbito da política quanto do Direito, sendo certo que juristas criteriosos divergirão acerca desses direitos.

Nesse contexto, afigura-se possível que inclusive uma regra deva ceder passo para um princípio. Nessa hipótese, todavia, nem todo princípio pode ser invocado para justificar a mudança. É preciso que existam princípios com maior importância e cuja definição não pode ficar a cargo dos juízes, sob pena de todas as regras perderem sua obrigatoriedade. A modificação da perspectiva jurídica acerca de dado tema deve, assim, levar os magistrados a considerarem padrões jurídicos relevantes, como uma deferência limitada ao Poder Legislativo e à própria observância dos precedentes, que, em dados casos, poderá conduzir a uma inclinação em favor do *status quo*³³⁰.

Essa opção, por óbvio, não impede que diferentes magistrados cheguem a conclusões distintas sobre as mesmas questões

com/2015/07/08/precedentes-no-novo-cpc-e-possivel-uma-decisao-correta-/>. Acesso em: 28 jul. 2015.

328. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 127.

329. DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida*: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 204.

330. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 60.

morais ou políticas, a partir de suas próprias visões de mundo, mas torna reprovável a tomada de decisões que, embora pareçam certas isoladamente, não se inserem em uma teoria abrangente de princípios compatível com outras decisões igualmente consideradas corretas³³¹. Noutras palavras, não há fórmulas aptas a assegurar que todos os juízes cheguem aos mesmos resultados, mas não se pode defender um relativismo que considere legítima toda decisão dotada de algum “bom senso”, sob pena de restar fracassado nosso projeto constitucional-democrático³³².

A solução para os problemas jurídicos nos casos em que ausente uma regra clara não está na adoção de procedimentos mecânicos de interpretação, os quais seriam capazes de, supostamente, levar a uma resposta quase automática. Em verdade, os juízes divergirão sobre quais os direitos que efetivamente existem e qual a extensão de cada um deles, do mesmo modo que os cidadãos divergem sobre política, moral ou religião.

Destarte, é preciso fugir de uma visão clássica segundo a qual a compreensão do Direito é serva dos textos normativos estabelecidos, funcionando sempre à sombra da legislação, de forma que os juízes devem se limitar a aplicar a norma evidente criada por outras instituições.

Em verdade, essa pretensão, embora ideal, revela-se utópica na prática. Diversas questões impedem sua implementação no mundo fenomênico, entre as quais está a vagueza dos textos normativos, que impõe um esforço de interpretação para viabilizar sua aplicação a casos concretos, bem como a existência de problemas novos na sociedade, os quais não eram previsíveis ao tempo da edição dos textos que se pretendem aplicáveis a estes casos.

Se assim ocorre, é forçoso reconhecer que, dadas certas circunstâncias, os juízes devem sim criar direitos novos, seja essa criação

331. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 137.

332. ABOUD, Georges. *Op. cit.*, p. 43.

dissimulada ou explícita³³³. Essa assertiva, todavia, não prejudica a ideia de que os juízes devem uma deferência limitada às instituições legislativas, já que o processo de interpretação tem seu início – embora não tenha o seu fim – no labor daqueles eleitos pela população para dirigir seu destino e editar as leis a que ela subordinar-se-á.

Por outro lado, mesmo partindo dessas premissas, não é possível imaginar-se uma imunidade judicial ao erro. Por óbvio, os tribunais podem extrair conclusões equivocadas sobre os direitos que reconhecem. Mas essa possibilidade está longe de ser um defeito exclusivo de uma atividade tida por original dos tribunais. Ao contrário, a possibilidade de erro é imanente à tarefa interpretativa, mesmo para aqueles que se consideram tolhidos de qualquer competência inovadora³³⁴.

Mas qual o limite dessa função judicial, preocupação esta essencial para que a atividade dos magistrados não se confunda com a dos legisladores? Para fugirem à pretensão de atuar como legisladores, os juízes devem evitar a argumentação própria da seara política, como a promoção de bem-estar social em geral, debate este próprio da arena parlamentar³³⁵. Ao contrário, diante de um caso concreto a solucionar devem os juízes investigar se existem direitos a ser tutelados exclusivamente à luz dos princípios inseridos explícita ou implicitamente no ordenamento jurídico³³⁶.

333. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 128.

334. No mesmo sentido, cf.: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 135.

335. Sobre a inclusão de questões políticas no discurso judicial, ressalta Dworkin também que a corte deve tomar decisões acerca de princípios e não de políticas, decisões sobre quais direitos as pessoas possuem no âmbito do sistema constitucional ao invés de decisões acerca de como o bem-estar geral é promovido (sobre o tema, vide o texto: DWORKIN, Ronald. Forum of Principle. *New York University Law Review*, v. 56, n. 2, p. 469-518, 1981.).

336. “Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. [...] Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo.” (*Levando os direitos a sério*, p. 129).