

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

RAFAEL HENRIQUE ALMEIDA FONTES

**DIANTE DO PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO
MOTIVADO, COMO COMPREENDER O PAPEL DO
ADVOGADO NO NEOCONSTITUCIONALISMO
BRASILEIRO?**

JUIZ DE FORA

2014

RAFAEL HENRIQUE ALMEIDA FONTES

**DIANTE DO PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO
MOTIVADO, COMO COMPREENDER O PAPEL DO
ADVOGADO NO NEOCONSTITUCIONALISMO
BRASILEIRO?**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Universidade Federal
de Juiz de Fora – Faculdade de
Direito, como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Orientador: Prof. Brahwlio Soares de
Moura Ribeiro Mendes

JUIZ DE FORA

2014

FOLHA DE APROVAÇÃO

**FONTES, Rafael Henrique Almeida.
DIANTE DO PRINCÍPIO DO LIVRE
CONVENCIMENTO MOTIVADO,
COMO COMPREENDER O PAPEL
DO ADVOGADO NO
NEOCOSNTITUCIONALISMO
BRASILEIRO?** Trabalho de
Conclusão de Curso apresentado,
no 1º semestre de 2014, à
Universidade Federal de Juiz de
Fora – Faculdade de Direito, como
requisito parcial à obtenção do título
de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Brawlio Soares de Moura Ribeiro Mendes
Faculdade de Direito da UFJF.

Prof. Dr. Bruno Amaro Lacerda
Faculdade de Direito da UFJF.

Prof^a. Ms. Joana de Souza Machado
Faculdade de Direito da UFJF.

Examinado em: 17/07/2014.

À minha mãe, grande entusiasta da
filosofia “vai dar tudo certo”.
Também espero, mãe.

AGRADECIMENTOS

Letras que juntas transformam-se em palavras. Palavras que em conjunto formam frases. Frases que unidas viram parágrafos. E parágrafos que agrupados se tornam capítulos. Não é só disto que se constitui este trabalho.

Li, em algum lugar, que o agradecimento de uma monografia é como se fosse uma forma de se atribuir a co-autoria à alguém. Não gosto de agradecimentos. Mas me senti na obrigação de fazê-los. Pois apesar da inicial dificuldade enfrentada, se tentei identificar a nebulosa Hidra de Lerna que é a pergunta feita no título dessa monografia, foi graças à outras pessoas – alguma delas, inclusive, a mim desconhecidas.

Por isso, agradeço à minha família que sempre superestima minha capacidade; aos meus amigos, que me ouviram (e ajudaram) nos meus monotemáticos assuntos sobre advocacia e judiciário com paciência e companheirismo; ao Brahwlio, o meu orientador, que não só embarcou e acreditou nas minhas mais loucas e inconstantes ideias acadêmicas, como também, através de sua disponibilidade ímpar, me estimulou e devolveu a mim o ânimo com o Direito. Não posso me esquecer, também, das aulas de Jurisdição e Política, e em especial, as professoras Joana e Flávia que contribuíram (direta e indiretamente) com muitas idéias aqui postas. E claro, à todos autores que li – traduzindo, muitas vezes, com brilhante raciocínio, as palavras que me faltavam pra expressar o que pensava.

Á todos vocês meu muito obrigado!

"O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei."

Constituição Federal da República
Brasileira de 1988

RESUMO

FONTES, Rafael Henrique Almeida. **DIANTE DO PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO, COMO COMPREENDER O PAPEL DO ADVOGADO NO NEOCONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO?** Trabalho de Conclusão de Curso (graduação em Direito). Fls 81. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora.

Através do contraste entre o ser e o dever-ser, no embate da avaliação com a descrição e no conflito da realidade com a Constituição, que se tenta compreender, no presente trabalho, a função desempenhada pelo advogado. Uma tentativa que é realizada através de uma visão crítica e cética sobre a forma de que o direito atualmente é construído. É pelas lentes desse pessimismo alarmista que se tenta fazer perceber que a corrente filosófica atualmente incorporada no Poder Judiciário Brasileiro, e o fenômeno da autocontemplação egocêntrica dos magistrados são fenômenos que desvalorizam severamente a advocacia, deixando-a em um papel coadjuvante e ilustrativo.

O problema da justiça é um problema de toda a sociedade. E dessa maneira, se o Judiciário deve servir ao povo, a advocacia nada mais representa do que uma possibilidade democrática em um poder estatal em que os membros não são eleitos. A participação coletiva na construção do direito pela via advocatícia pode não trazer a justiça plena. A única esperança é, atualmente, de menos injustiça.

Palavras-chave: Advogado. Democracia. Judiciário. Justiça. Juízes. Livre poder decisório. Neoconstitucionalismo. Sociedade.

ABSTRACT

FONTES, Rafael Henrique Almeida. **DIANTE DO PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO, COMO COMPREENDER O PAPEL DO ADVOGADO NO NEOCONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO?** Trabalho de Conclusão de Curso (graduação em Direito). Fls 81. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora.

By contrasting the being and the ought-to-be, in the clash of evaluation with description and in the conflict of reality with the Constitution, the present work attempts to shed light on the role of the lawyer. An attempt which is made with a critical and skeptical eye on the way Law is currently constructed. It is through the lenses of this alarmist pessimism that we try to make it understood that the current philosophical tendency incorporated into the Brazilian Judiciary and the phenomenon of the judge's egocentric self-contemplation are phenomena that severely depreciate the work of lawyers, delegating it to an auxiliary and illustrative role.

The problem of justice is a problem of an entire society. Thus, if the Judicial System ought to serve the people, advocacy represents nothing more than a democratic possibility in a state power where the members are not elected. The collective participation in the construction of law by means of advocacy might not bring forth perfect justice. Currently, the only hope is that it will bring less injustice.

Keywords: Lawyer. Democracy. Judiciary. Justice. Judges. Free judgment. Neo-constitutionalism. Society.

LISTA DE SIGLAS

Art.	Artigo
AgRg	Agravo Regimental
CF	Constituição Federal
CPC	Código de Processo Civil
EDRR	Embargos de Declaração em Recurso de Revista
HC	Habeas Corpus
REsp	Recurso Especial
RO	Recurso Ordinário
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
TRT-1	Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. CONSTRUÇÃO DO DIREITO: O NEOCONSTITUCIONALISMO	12
2.1. A CULTURA JURÍDICA DO CIVIL LAW.....	13
2.2. O DIREITO AUTÔNOMO, <i>LA BOUCHE DE LA LOI</i> E POSITIVISMO....	16
2.3. A VIRADA KANTIANA: REINTEGRAÇÃO DO DIREITO NA SOCIEDADE?.....	19
2.4. NEOCONSTITUCIONALISMO: PREMISSAS E PROMESSAS.....	22
2.5. OS ACORDES DISSONANTES DO NEOCONSTITUCIONALISMO.....	25
2.5.1. ABERTURA DO DIREITO PELA VIA PRINCIPIOLÓGICA: CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA VIDA.	26
2.5.2. A SOCIEDADE INFANTILIZADA E O ATIVISMO JUDICIAL.....	29
2.5.3. A PERSPECTIVA OFICIAL: A LEI OBRIGA SEUS DESTINATÁRIOS, NÃO SEUS INTÉRPRETES.	31
2.5.4. INOCÊNCIA E UTOPIA	33
3. CONSTRUTOR DO DIREITO: O JUIZ.....	35
3.1. O JUIZ É DEUS.	37
3.2. SOLIPSISMO JUDICIAL E LIVRE PODER DECISÓRIO	40
3.3. MOTIVAÇÃO JUDICIAL: A UTOPIA RACIONAL (IM)POSSÍVEL	45
3.4. UM DISCURSO SEM INTERLOCUTORES: O PODER JUDICIÁRIO AUTOCENTRADO.....	52
4. CORRETOR DO DIREITO: O ADVOGADO.....	56
4.1. OS OBSTÁCULOS DE UMA ADVOCACIA REACIONÁRIA.	60
4.2. UMA QUESTÃO DE JUSTIÇA E DE SUA ADMINISTRAÇÃO	65
4.3. UMA ESPERANÇA NA DEMOCRACIA.....	68
CONSIDERAÇÕES FINAIS	72
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	74

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como objetivo questionar qual é o papel desempenhado pelo advogado contemporaneamente, sob dois panoramas distintos, mas que intimamente se interligam: o neoconstitucionalismo e o livre poder decisório motivado. O alargamento de adeptos das teorias pós-positivistas promoveu gradativamente, um judiciário mais onipresente e ativo. As crenças em uma inabalável racionalidade e em um senso de justiça substantiva coletivo fazem com que essas teses prosperem ainda mais. Entretanto, a expansão sofrida pelo judiciário, não é necessariamente, uma promoção na mesma medida de todos os seus componentes. Na sociedade atual, o protagonismo judicial é o protagonismo do decisor, muitas vezes personificado na figura do juiz: é a ele e a sua atuação que cabem a maior atenção de todos no campo social e acadêmico. O protetor da Constituição, o pai da sociedade, o dono de uma moral coletiva por ele apreendida e de ilimitada racionalidade, a figura do Super-Juiz é um fenômeno atual quase que incontestável. A partir daí, destaca-se a função do advogado que precisa redescobrir sua função já que tem como ofício a difícil tarefa de ser instrumento de interlocução com este “super-ser”. O mister de um defensor é, portanto, uma pergunta legítima, que cada vez mais necessita ser feita e não negligenciada por teorias ingênuas e/ou alienantes.

O caminho por mim escolhido para demonstrar a significância de tal dilema tem como ponto inicial o neoconstitucionalismo. A abordagem do plano de fundo, de questões históricas, dos motivos que geraram a mudança do positivismo para o pós-positivismo são apenas pontos de partida, sendo fundamentais para percepção paulatina de que a advocacia tem perdido prestígio e lugar no Estado Democrático de Direito. Mas muito mais do que isso, ao abordar o neoconstitucionalismo, há a clara percepção de que essa teoria além de empoderar os juízes, inocentemente lhes dá irresponsável responsabilidade, objeto que uma teoria *ultra* racional tenta resolver.

É com a abordagem do juiz - principalmente com a eclosão das teorias argumentativas do século XX, que a constatação do declínio da advocacia – e não só dela, mas de todos os demais agentes sociais e jurídicos - se torna evidente. A crença em uma racionalidade ilimitada, capaz de apreender o consenso moral de um povo, bem como a marginalização das outras instâncias – também – políticas, gera

uma dócil aceitação dos juízes como os únicos integrantes ativos da construção do direito, participantes engajados de um poder autocentrado que se torna a final palavra, “enunciada em nome de todos e perante todos” (BOURDIEU, 2010, p. 236).

Com a constatação dos problemas e exposição de outras fragilidades que tornam insustentável o dissimulado panorama atual, volta-se a atenção para o advogado, o protagonista negligenciado deste trabalho. E talvez, um tenebroso questionamento, que a retórica constitucional tenta paliar, deva ser feito: afinal, que tipo de valor tem tido o advogado contemporaneamente para a democracia, em tempos de neoconstitucionalismo e de livre poder decisório que possuem os juízes? Tentar desvendar essa pergunta, obviamente é uma odisséia. Porém a sua pertinência e a melancólica constatação democrática que dela advém, tentarei humildemente expor nas linhas a seguir.

2 CONSTRUÇÃO DO DIREITO: O NEOCONSTITUCIONALISMO

O direito é construído. Tal afirmação pode ser entendida de forma simples ou complexa, e encarada de maneira honesta ou descarada. Não importa. Nos dicionários, o vocábulo construir é traduzido em outros verbetes como edificar, desenhar e compor¹. Todos esses sinônimos são verbos, que linguisticamente representam um agir. Por isso, se o direito é construído, *alguém* o constrói.

Quando uma determinada pessoa, por exemplo, decide construir uma casa, terá que empregar mão-de-obra (sua ou própria). Deverá também ter uma planta ou um projeto que irá ser um planejamento prévio das ideias de onde se acomodarão os cômodos, as portas, as janelas, os encanamentos hidráulicos e etc. Da mesma maneira é com o direito.

O que determina o modo de construção do direito são as teorias, as correntes filosóficas, o poder e os ideais que uma sociedade adota como adequados em um determinado período de tempo. O seu planejamento é nada menos do que a cultura jurídica, “uma visão moderna do que se entende também por *tradição jurídica* ou mentalidade de um povo” (GARAPON; PAPADOULOS, 2008). Nesse sentido, Ihering diz que:

enquanto as regras se revelam de imediato, enquanto as instituições e as definições do direito denunciam a si próprias em sua aplicação prática, as forças motoras do direito se encontram escondidas no mais profundo de sua essência íntima. Elas só agem pouco a pouco e, embora se infiltrem por todo o organismo, em lugar algum se manifestam de uma maneira suficientemente evidente para que se possa necessariamente percebê-las [...]. Não se trata de regras, mas de qualidades, de traços de caráter das instituições jurídicas, idéias gerais que por si só não são suscetíveis de aplicação alguma, mas que exercem uma influência determinante sobre a formação das regras práticas do direito. (IHERING, 1969, p. 46).

Esse fator silencioso de inspiração direciona o modo como o direito é feito – por isso, antes de se identificar por quem ele é construído, é necessário perceber porque ele é construído de uma determinada maneira.

¹ Construir. In: DICIONÁRIO online de português. Disponível em: <<http://www.dicio.com.br/construir/>>. Acesso em: 31 de maio de 2014.

2.1 A Cultura Jurídica do Civil Law

Ao abordar uma cultura jurídica como a do civil law, seja o que ela foi ou tende a ser em cada realidade, se deve perceber de onde ela veio e qual é a sua auto-imagem, pois uma tradição jurídica nada mais é do que

um conjunto de atitudes historicamente condicionadas e profundamente enraizadas a respeito da natureza do direito e do seu papel na sociedade e na organização política, sobre a forma adequada de organização e operação do sistema legal e, finalmente sobre como o direito deve ser produzido, aplicado, estudado, aperfeiçoado e ensinado. A tradição jurídica coloca o sistema legal na perspectiva cultural da qual ele, em parte, é uma expressão. (MERRYMAN, 2009, p. 23).

Pode-se concluir, portanto, que a despeito de se ter um sistema jurídico próprio, o Brasil, bem como Argentina, Chile, Alemanha e França compartilham a mesma tradição, que é, no caso, a do Civil Law².

Essa tradição é tão antiga quanto difundida – tem como origem a publicação das Doze Tábuas em Roma, no ano de 450 A.C. Entretanto é na sua ligação direta com o direito romano, em especial, a compilação feita pelo imperador bizantino Justiniano que essa cultura mais se vincula. Justiniano é reconhecido como o imperador que tentou restabelecer o antigo esplendor de Roma e ao perceber a importância de preservar a herança deixada pelo direito romano, empreendeu um ambicioso trabalho legislativo e de recompilação. Esse trabalho, confiado a um colégio de dez juristas dirigido por Triboniano deu origem ao que hoje é denominado *Corpus Juris Civilis*. A quantidade de material antes autorizado e semi-autorizado era imensa – que pareceu mais adequado a Justiniano “eliminar aquilo que estava errado, obscuro, repetitivo, e ainda resolver conflitos e dúvidas, como também

² Esse, entretanto, não é um entendimento livre de contestações. Freddie Didier, por exemplo, defende que a tradição jurídica brasileira é diferenciada, não sendo correto encaixá-la no que convencionalmente se chama de Civil Law. O motivo de considerar peculiar o caso brasileiro é gerado por um ato normativo que inaugurou a República brasileira, no caso, o artigo 386 do Decreto nº848/1890 que diz: "*Constituirão legislação subsidiária em casos omissos as antigas leis do processo criminal, civil e comercial, não sendo contrárias às disposições e espírito do presente decreto. Os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas na República dos Estados Unidos da América do Norte, os casos de common law e equity, serão também subsidiários da jurisprudência e processo federal*". Entretanto, vale ressaltar a posição do Merryman, que diz "*O mundo da civil law e o mundo da common law não estão isolados um do outro. Como integrantes de uma história e cultura ocidentais comuns, estas tradições têm tido múltiplos contatos e influências recíprocas*". (MERRYMAN, 2009, p. 25).

organizar o que valia a pena preservar de alguma forma sistemática” (MERRYMAN, 2009).

Com a publicação do *Corpus Juris Civilis*, que era composto de quatro partes³, houve a proibição por Justiniano a qualquer referência posterior ao trabalho dos juriconsultos. O objetivo de tal ato, obviamente, era abolir todo o direito anterior e a pretensão de fazer com que a nova compilação fosse um instrumento apto e suficiente a responder todos os conflitos, sem a necessidade de interpretação e comentários adicionais de outros juristas.

Mesmo após a queda do império romano, o prestígio do *Corpus Juris Civilis* de Justiniano persistiu, sendo considerado a razão escrita pelos glosadores da Universidade de Bolonha, na Itália. Tal obra “trazia consigo não apenas a autoridade do papa e do imperador, como também a autoridade de uma civilização e de uma inteligência obviamente superiores” (MERRYMAN, 2009). Nem com a eclosão dos Estados-nação, tal corpo de normas foi abandonado: os juristas educados nas universidades eram aqueles que alimentavam as máquinas burocráticas do período monárquico.

O *Corpus Juris Civilis* na nossa tradição jurídica, entretanto, representa apenas uma vertente atual do direito que conhecemos: que é o direito eminentemente privado. O direito público nasceu com as revoluções que surgiram no Ocidente, a partir de movimentos iluminados como a revolução francesa. Passou-se a reconhecer, assim, que todos os homens nascem iguais e merecem igual tratamento perante a lei⁴. A idéia de democracia também floresce – e neste sentimento, gerado por forças intelectuais inspiradoras, há a criação da emblemática Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Apesar de se ter um considerável e tradicional material codificado no momento pré-revolução, o direito não era construído só a partir dele. Os cargos do

³ O *Corpus Juris Civilis* possuía quatro partes: o Código Justiniano, chamado também de *Codex*, onde havia reunião de todas as constituições imperiais editadas desde o governo do imperador Adriano; o *Digesto* que continha os comentários dos grandes juristas romanos; as *Institutas*, que era um manual para ser estudado pelos que se dedicavam ao direito e as *Novelas*, constituições elaboradas depois de 534.

⁴ “O que é uma nação? Um corpo de associados que vivem sob uma lei comum e representados pela mesma legislatura. Será certo que a ordem nobre tenha privilégios, que ela ousa chamar de seus direitos, separados pela mesma legislatura? Será certo que a ordem nobre tenha privilégios, que ela ousa chamar de seus direitos, separados dos direitos do grande corpo dos cidadãos? Ela sai, assim, da ordem comum, da lei comum. Desse modo, seus direitos civis fazem dela um povo à parte na grande nação. É realmente *imperium in imperio*”. Cf. SIEYÈS, 2009.

sistema judicial eram pertencentes à aristocracia de toga – pois podiam ser comprados, vendidos ou legados. “O próprio Montesquieu herdou um destes cargos, ocupou-o por uma década e depois o vendeu” (MERRYMAN, 2009). É interessante perceber que neste momento os juízes funcionaram como uma força contra-revolucionária de manutenção do *status quo* aristocrático: se opondo aos camponeses, trabalhadores urbanos e burguesia. Suas funções eram relacionadas à perpetuação do poder como já estava estabelecido naquela sociedade e uma vez tendo sido o antigo regime derrubado, a aristocracia togada findou-se, mesmo que de forma temporária.

No panorama pós-revolucionário surge a ideia da racionalização do governo: há percepção da necessidade de criação e manutenção de uma forma administrativa em que haja a separação dos poderes afim de “distinguir e separar claramente o legislativo e o executivo de um lado, e o judiciário de outro” (MERRYMAN, 2009). Esse pensamento de separação é promovido pela ideia de Montesquieu que diz que “nos Estados despóticos, não existem leis; o próprio juiz é a lei. Na forma republicana de governo, é condizente com a essência da constituição que os juízes atenham-se à letra da lei” (MONTESQUIEU, 2000).

A aristocracia judicial, portanto, foi um grande alvo da revolução, justamente pelo motivo de que os juízes falharam em diferenciar entre a criação do direito e a sua aplicação:

os juízes recusavam-se a aplicar as novas leis, interpretavam-nas contrariamente à sua finalidade ou criavam obstáculos à sua execução pelos funcionários da administração. Montesquieu e outros desenvolveram a teoria de que a única forma segura de prevenir esse tipo de abuso era, primeiro, separar o legislativo e o executivo do poder judiciário e, em seguida, regulamentar cuidadosamente o funcionamento do judiciário para assegurar que este ramo ficasse restrito a aplicar o direito elaborado pelo legislador e não interferisse nas funções administrativas dos membros do executivo. (MERRYMAN, 2009, p. 41).

O universo legal, antes muito amplo, no momento pós-revolução se tornou restrito ao estado monolítico. O passado, pré-revolucionário, “foi pintado em tintas excessivamente escuras” (MERRYMAN, 2009). O juiz tornou-se silente: a sua voz confundiu-se com a do Estado e suas palavras tornaram-se aquelas da lei. Temia-se, sobretudo, o retorno da aristocracia togada e a conseqüente confusão dos poderes – pois se acreditava que em tal cenário não repousaria a democracia. No

momento pós-revolução – e algum tempo depois dele, essa crença permaneceu. Esse pensamento, entretanto, um dia mudou.

2.2 O Direito Autônomo, *La Bouche de la Loi* e Positivismo

A separação dos poderes foi evidentemente um dos maiores produtos dos intentos revolucionários. Não foi necessariamente uma conquista ou uma vitória – mas se tornou suficientemente emblemática e notoriamente inovadora, sendo apta à modificar a visão tida como incorreta da maneira de como o direito era construído até então.

O sistema jurídico que vivia circunscrito a uma ótica de justiça particularista denominado de direito repressivo, paulatinamente se transforma, após a revolução, em direito autônomo (NONET; SELZNICK, 2010). Nesse processo de autonomia judicial, há clara dicotomia entre direito e política com a ascensão de um modelo normativo: as normas passam a ter um caráter dúplice, isto é, impõem um grau de responsabilidade oficial e limitam a criatividade das instituições judiciárias. Assim não se corre novamente o risco de haver confusão entre a criação e aplicação de normas percebida no período pré-revolucionário. Valores como “fidelidade à lei” e “regularidade procedimental” são fins prioritários: a crítica das leis deve ser canalizada somente através do processo político. Direito e política, portanto, não se confundem no modelo autônomo. Ao contrário, o

direito se coloca “acima” da política, isto é, considera-se que o direito positivo inclui padrões que o consentimento público validado pela tradição ou pelo processo constitucional, separou da controvérsia política (...). Ao interpretar e aplicar a lei, os juristas devem ser os porta-vozes objetivos de princípios historicamente estabelecidos, administradores passivos de uma justiça impessoal herdada. Eles têm direito a dar a última palavra porque se supõe que seus julgamentos obedeçam a uma vontade que lhes é exterior e não à sua vontade pessoal. (Ibidem, p. 104).

O que ocorre, portanto, é uma barganha histórica em que “as instituições jurídicas adquirem autonomia procedimental em troca da subordinação substantiva” (Ibidem). A subordinação à qual o judiciário está vinculado é a de que devem os juízes se retirar do processo de formulação de políticas públicas, já que não cabe a eles no momento da aplicação do direito determinar se uma lei é justa ou injusta, ou se uma norma é incompatível ou conforme aos valores sociais. Cabe ao judiciário

despolitizar as questões trazidas à ele, cobrando responsabilidade dos governantes e exigindo obediência estrita dos cidadãos aos comandos legais⁵.

A autonomia judicial, nesse caso, facilita e muito a sua legitimação. Não cabe ao magistrado analisar questões básicas de política ou justiça, pois sua função é considerada como meramente jurídica e incisivamente apolítica. Há clara distinção entre legislar e julgar. E isso gera um fenômeno interessante, pois

quando as pessoas estão cientes de que os juízes são limitados por regras, o âmbito aparente da capacidade deles de exercer a discricção se estreita. O resultado disso é que o poder do judiciário, por parecer limitado, se torna mais fácil de justificar; a ameaça aos políticos que formulam decisões parece menor. Por consequência, os juízes estão mais seguros quando se aproximam do paradigma da aplicação mecânica da jurisprudência. Se conseguem descobrir uma lei ou um precedente apropriado, e podem agir em conformidade com a rotina prescrita, validam sua auto-imagem de técnicos do direito e prolongam seu papel como instrumentos passivos do processo legal. (NONET; SELZNICK, 2010, p. 109).

O juiz, nessa nova concepção, é visto como mero tradutor do texto jurídico, afastando qualquer subjetividade ou papel pró-ativo na realização do direito (ASSENI, 2011). Montesquieu diz que os juízes da nação são apenas a boca que pronunciam as palavras da lei, seres inanimados, que não podem moderar a força nem o rigor⁶.

Por mais que seja considerado uma anomalia⁷, o Estado-legislação ou o pejorativamente⁸ chamado de Estado Legislativo de Direito prosperou e foi uma

⁵ NONET; SELZNICK, 2010, p. 117: “De acordo com o modelo da lei-e-ordem, é obrigação de todo cidadão a obediência irrestrita às normas cogentes do Estado. O fato dessas normas concordarem ou não com o senso de justiça do cidadão é irrelevante: não cabe a ele julgar a lei, mas obedecê-la. Esse modelo não é necessariamente mais conveniente a uma ditadura que a uma democracia. Contudo, as leis são criadas e o que quer que disponham, o modelo da lei-e-ordem exige que o cidadão sempre obedeça: assim, numa democracia, o cidadão pode ter liberdade para denunciar uma lei e buscar modificá-la pela ação política, mas enquanto a lei não for modificada, deve ser obedecida. Não há lugar para juízos pessoas (do cidadão), por mais persuasivos que sejam seus fundamentos. Afastar-se da norma equivale, por princípio, a um ato de rebelião e embora, um ato desses possa eventualmente encontrar uma justiça moral, jamais poderá ser justificado por uma rebeldia contra o sistema legal”.

⁶ Montesquieu acredita e defende a ideia de um Poder Judiciário nulo: “O poder de julgar não deve ser dado a um senado permanente, mas deve ser exercido por pessoas tiradas do seio do povo em certos momentos do ano, da maneira prescrita pela lei, para formar um tribunal que só dure o tempo que a necessidade requer. Desta forma, o poder de julgar, tão terrível entre os homens, como não está ligado nem a certo estado, nem a certa profissão, torna-se, por assim dizer, invisível e nulo. Não se têm continuamente juízes sob os olhos; e teme-se a magistratura, e não os magistrados”. p.169.

⁷ SEELEY, 1919, p. 145. “In earlier times, the state, that is the power which issues commands and inflicts punishments, was hardly supposed capable of making law. It could conduct a campaign, levy a tax, remedy a grievance, but law was supposed to be in a somewhat different sphere. Law was a

força favorável para a vitória, ainda que temporária, da corrente filosófica positivista. O Positivismo jurídico, em uma de suas muitas vertentes, pode ser apreendido através da enunciação de que para que

um determinado sistema normativo receba o nome de direito, ou que uma determinada norma seja qualificada como jurídica, não é necessário que passe pelo escrutínio de critérios ou teses morais. Para identificar uma norma como jurídica, portanto, como existente e válida, deve-se investigar as suas fontes e não o seu mérito. (STRUCHINER, 2008, p. 318).

Essa corrente positivista defende a existência de um sistema jurídico em que a norma positivada não leva em conta como fundamento de validade qualquer outro aspecto subjetivo, valorativo, sociológico ou cultural. A validade do direito é, para essa vertente, determinada por considerações formalistas, que através de uma atribuição de competência normativa à sua fonte produtora, se auto-reconhece. O direito, então, se destaca de uma ordem determinada de valores, havendo rígida separação entre direito e moral.

A dicotomia do direito e da moral se torna perceptível ao passo que cabe ao intérprete do direito objetivamente dizê-lo, isto é, se acredita possível que o juiz seja o porta-voz adequado de valores previamente já estabelecidos, mas nunca deve ele próprio estabelecê-los. A atividade de hermenêutica jurídica deve ser encarada como uma revelação e nunca como uma criação do sentido da norma. Assim, havendo incidência silogística do caso concreto na lei – a tarefa do magistrado é meramente promover a subsunção.

A subsunção encara as normas abstratas como moldes frios em que se encaixam dinâmicos casos concretos. Seria um critério objetivo, porém mecânico no sentido de que aos juízes não se estaria sendo dada a chance de criar o direito, mas

sacred custom; the state might administer, or enforce, or codify it; but legislation, the creating, or altering, or annulling of law, was conceived as a very high power, rarely to be used, and concerning which it was doubtful who possessed it. Laws are walking on high, born above the heavens. Often religion was called in, and commonly some degree of fiction was used to conceal the too daring alteration that was made. On this point we have completely broken with the tradition of earlier times. I said the Germans speak of the Law-state; by this they mean merely the state which undertakes to guard rights; we want another name to describe the state of the nineteenth century. It is the Legislation-state”.

⁸ Ferrajoli faz um contraponto do modelo positivista, a que denomina ser “del estado legislativo de derecho (o estado legal)” com o modelo pós-positivista a qual denomina de “estado constitucional de derecho”. Apesar de reconhecer que as diferenças de organização estatal se relacionam, sobretudo com a natureza e estrutura do direito, da ciência jurídica e da jurisdição, a supressão do ideal democrático em um Estado legislativo pode e leva a interpretações inadequadas. Cf. FERRAJOLI, 2003, pp. 14-17.

de somente aplicá-lo, em um método de interpretação aparentemente neutro e verificável por toda sociedade.

A distinção entre moral e direito se torna precária com o tempo. Cada vez mais se reconhece a inocência de tal desígnio – o judiciário se torna um ramo livre das pressões políticas, mas “perde” ao se tornar o mais apático à justiça e o menos capaz de instituir mudanças. Ao ouvir reclamações *sub judice*, os juízes possuem o compromisso da sua *expertise* apenas na equidade procedimental, restringindo-se apenas a determinar a autoridade e executar a lei do “jeito que é” através de um ritual correto.

Esse raciocínio de que o judiciário tornou-se apático e assim não confere finalidade às instituições é minimamente questionável, pois se criou a figura do *judiciário insensível*. Conforme ensina Maus, o judiciário no panorama anterior descrito não é insensível ao povo, mas é ultra sensível a ele, afinal, um Estado de Direito submetido a um esquema de separação de poderes não é adversário da democracia, mas, ao contrário, se torna condição imprescindível da *possibilidade* democrática. Quando toda a soberania é monopolizada e se torna una e indivisa na base social – e concomitantemente a nenhum poder estatal é concedido participação na atividade criadora do Direito “é que a fórmula ‘domínio do povo mediante domínio da lei’ pode assumir um caráter não ideológico.” (MAUS, 2010)

Independentemente dessas ponderações axiológicas o importante para o presente trabalho é perceber que se constatou, há algum tempo atrás, que é anti-democrático ao judiciário criar e aplicar o Direito simultaneamente. A questão que precisa ser feita é: por que, então, isso mudou?

2.3 A Virada Kantiana: Reintegração do Direito na Sociedade?

A mudança do predomínio do direito autônomo até então se deve à percepção paulatina de que ele mascara a tensão existente entre o geral e o particular e entre o abstrato e o concreto. A interpretação jurídica é idealizada como exata e livre de ambigüidades. A clássica divisão dos poderes, em que o Poder Legislativo se torna prevalente – justamente pelos aparelhos estatais estarem submetidos à vontade soberana do povo legislador, começa a ruir por conta desta dissimulação. Percebe-se que a hermenêutica não é uma operação fria ou meramente subsumível: influências operam sobre o magistrado – pois afinal ele não

é um robô, mas um homem inserido em uma sociedade de valores. Põe-se em xeque a aplicação neutra e imparcial do juiz, como mera boca da lei.

Kaufmann diz que o dogma da subsunção é insustentável. A lei, para ele, é apenas uma possibilidade do direito – e somente na sua aplicação ao caso concreto que a lei se transforma em direito real.⁹

Percebe-se também que o Estado-Legislação é considerado burocrático em sua pior acepção¹⁰, pois como já dito, não se preocupa com o alcance de objetivos. Pelo contrário, ele se torna um sistema passivo e conservador tal qual a aristocracia togada era, mas na medida de só se preocupa com políticas declaradas legítimas pelo parlamento e congresso, engajado apenas naquilo que contém o selo de pedigree legislativo. A justiça feita nos tribunais é considerada meramente procedimental – e o clamor por uma justiça substantiva empurra a ordem jurídica para além dos limites do direito autônomo. Um desejo fundamental se torna transformar

a lei "mais responsiva às necessidades sociais". (...) A boa lei deveria oferecer algo mais que justiça formal, deveria ser tanto competente quanto equânime, ajudando a definir o interesse público e empenhado-se na concretização da justiça substantiva.(...) Tudo que afetasse o direito e condicionasse sua eficácia deveria ser perfeitamente compreendido. Bastava um passo a mais para se chegar a uma visão mais inclusiva da justiça e do papel do direito: as instituições jurídicas deviam abandonar a estreita segurança do direito autônomo e serem convertidas em instrumentos mais dinâmicos do ordenamento e da mudança social. (NONET; SELZNICK, 2010, pp. 121-2).

A separação absoluta entre magistrado e lei, entre moral e direito e entre sujeito e objeto do conhecimento caem por terra – inexistente uma descrição acrítica e asséptica do direito por mais que se queira tê-la. Percebe-se que a pré-compreensão do sujeito influi e ajuda a determinar o resultado de sua investigação no momento da aplicação da lei ao caso concreto. “Há, sobretudo, a retomada do

⁹ Nesse sentido, a escola realista endossa as críticas ao antigo sistema ao dizer que uma lei sozinha não passa de uma abstração solitária e de um desejo infrutífero. É apenas no momento de sua interpretação e aplicação que a norma toma forma e ganha vida: nesse sentido, mais uma vez, a separação rígida entre moral e direito se torna comprometida. WALDRON, 2003. pp. 11-2: “*Um projeto de lei não se torna lei simplesmente sendo decretado. Torna-se lei apenas quando começa a desempenhar um papel na vida da comunidade, e não podemos dizer qual papel será - e, portanto, não podemos dizer qual lei foi criada -, até que ela comece a ser administrada e interpretada pelos tribunais. Considerado como um pedaço de papel com o selo de aprovação do parlamento, um estatuto não é direito, mas apenas uma possível fonte de direito*”.

¹⁰ Para Weber, o juiz boca de lei é uma autoridade burocrática racional-legal. A burocracia, por si só, enfatiza a fidelidade às regras, ao procedimento correto e jurisdição bem definida.

compromisso com a validade substantiva do direito” (PIRES, 2011, p. 32). Com a assunção desse compromisso e da reaproximação entre o direito e moral, em um movimento conhecido como virada kantiana, se “sepultou a idéia de separação rígida entre descrição e prescrição na Ciência Jurídica” (Ibidem, p. 34). Nesse sentido

el dogma de la posición del juz como bouche que prononce les paroles de la loi, como être inánime, en lá clásica expresion de Montesquieu, (...) como puro aparato de subsunción legal, tuvo que ser abandonado, y com ello quizá el punto clave a que pretendía conducir toda la construcción positivista. (...) en toda decisión judicial (y esto puede aplicarse a la integridad del proceso de aplicación del Derecho, aunque no toda tenga la auctoritas de la aplicación por el juz) se reproduce necesariamente en mayor o menor medida el proceso de creación o producción del Derecho, que en toda interpretación judicial de una norma hay necesariamente una conformación valorativa de esta norma, que toda decisión judicial estraña una decisión sobre el orden jurídico. (ENTERRIA, 1984, pp. 21-2).

Firma-se o entendimento de que a aplicação do direito jamais deve ser encarada como um inatingível processo interpretativo neutro correspondente, o que tornará o exercício desta, em indeterminado grau, criativo. Hayek (1978) na sua obra *“Law, Legislation and Liberty, Volume 1: Rules and Order”* emite profunda crítica acerca da concepção jurídico-positivista dominante que diz que toda lei deriva da vontade de um legislador. Para ele, isso é uma falácia típica do construtivismo uma vez que a *“law is older than legislation”*. A legislação é considerada um “arrivista de baixa extração”, sem herança e arbitrária como a união temporária no parlamento ou congresso. A lei é mais: se consubstancia de uma tradição, valores temporalmente construídos, sedimentados (e aceitos) de acordo com a moral. Apesar de no Brasil a corrente realista não ter sido muito bem recepcionada – não se pode negar a influência que esses valores geraram na derrocada que o antigo modelo de construção jurídica sofreu no mundo moderno.

A expectativa de que o judiciário atue como uma instância moral está na crença da justiça substantiva que este poder pretende empreender, um intento e convicção de que não apenas as cláusulas jurídicas darão a adequada solução ao caso concreto. Não só se nega a separação entre direito e moral, como também, se reconhece a última como construtivamente adequada à tradição da sociedade. Na perspectiva da virada kantiana – do reencontro do direito valorativo – outro ator

anteriormente renegado, reencontra o seu prestígio. A idéia que flutua perante o imaginário do “magistrado” como terceiro imparcial superior que proporciona uma decisão objetivamente neutra e, portanto, justa, ascende. Sintomas de pragmatismo aparecem, pois não importa como se chega a uma decisão ou de onde ela veio – se ela é moralmente justa, então o judiciário cumpriu o seu papel.

Essa nova forma de ver o Direito, de entendê-lo e aplicá-lo é denominado provisoriamente de pós-positivismo¹¹.

O pós-positivismo buscou se consolidar como uma alternativa à insuficiência e insensibilidade das correntes anteriores, sobretudo ao incorporar critérios valorativos e principiológicos no campo do direito. Os teóricos do pós-positivismo (...) inauguraram uma nova forma de pensar o direito *em sociedade*, (...) com a superação da “letra” da lei como fonte do conhecimento jurídico. (ASSENI, 2011, p. 206).

A legitimação do Poder Judiciário agora não está mais circunscrito às finalidades estatais metafísicas, mas baseado em um critério questionável sobre a necessidade real dos indivíduos. No plano constitucional, o pós-positivismo atua como marco filosófico do neoconstitucionalismo. Tal corrente tem uma ambiciosa e perigosa tarefa no Brasil: reconciliar direito e moral, oferecer justiça substantiva e ainda ser compatível ao ideário de um Estado Democrático de Direito. Sobre ela, e se consegue realmente reintegrar o direito na sociedade, destinam-se os próximos dois tópicos.

2.4 Neoconstitucionalismo: Premissas e Promessas

O neoconstitucionalismo não é necessariamente uma superação do positivismo jurídico. Há quem entenda que esse novo movimento teórico que se irradia mundo afora seja uma reconstrução do antigo modelo juspositivo (DIMOULIS; DUARTE, 2008). Entretanto, há certa consonância em se concordar que os dois movimentos não se confundem: o neoconstitucionalismo se distingue, principalmente, por tentar ser uma *construção racional* e uma *justificação sistêmica do direito*.

¹¹ A nomenclatura pós-positivista é reducionista. ASSENI, 2011, p. 220: “a metodologia de análise da aplicação do direito do pós-positivismo possui os mesmo pressupostos do positivismo: a centralidade epistemológica, heurística e teórica do juiz”.

É bem verdade que antes da eclosão da Segunda Guerra Mundial, a cultura jurídica prevalente era legicêntrica e, com o seu término, se iniciou um processo renovatório de redescoberta de valores fundamentais a serem considerados inerentes à condição humana e indispensáveis à vida societária. Porém não se pode se enganar: a “onda valorativa” sofrida pelo direito, sobretudo pelo direito constitucional, não foi apenas fruto da árvore podre do nazismo alemão¹² - mas obtido através de um movimento sutil e lento de percepção que se aguda no tempo, já que a história não se opera nunca através de bruscas rupturas e da mesma maneira é com a cultura jurídica que envolve o direito. O neoconstitucionalismo, portanto, não foi uma força da natureza reconhecida no pós-guerra, mas uma semente plantada e desenvolvida sob o clima favorável que a virada kantiana proporcionou naquele determinado período de tempo. Itália (1947), Alemanha (1949), Portugal (1976) e Brasil (1988) são exemplos dessa colheita – suas novas Constituições são caracteristicamente marcadas pela abertura de seus textos através de princípios, permitindo assim uma entrada mais significativa dos valores em seu sistema jurídico.

Em face dos novos textos constitucionais contemporâneos, com termos indeterminados e abertura semântica, a prática jurídica precisou ser diferenciada, isto é, compreender novas técnicas hermenêuticas a serem usadas ao lado da antiga subsunção, e que levassem em consideração a presença de valores que devem ser ponderados nos casos concretos.

O neoconstitucionalismo não abre somente as portas do direito para a moral, mas também para o seu efetivo debate. Normas, mesmo que positivadas e referendadas pelo Estado, se consideradas pelos seus destinatários como injustas não possuem validade jurídica independentemente do que digam as fontes produtoras do sistema. Há uma aspiração tão forte à justiça que se defende que o direito possui uma “pretensão de correção”, ou seja, uma pretensão de ser justo. A pretensão de correção é um conceito defendido por Alexy (AMADO, 2012), que atesta inevitavelmente a ligação do direito com a moral – um encontro que a Teoria do Direito tentou minorar, principalmente no que tange a criação de uma Teoria Pura

¹² A doutrina nazista de aplicação do direito não é positivista, como muito se imagina. Nesse sentido v. MAUS, 2010, p. 33: “(...) quando o juiz -como formularam as ‘*Cartas aos Juizes*’, publicadas pelo Ministério da Justiça do Reich desde 1942 – é empregado como ‘protetor dos valores de um povo e (...) destruidor dos desvalores’, o povo torna-se, como ‘unidade, como povo ‘verdadeiro’, o objetivo e o produto da atividade decisória judicial”. O *reductio ad hiterlum* é uma das “falácias dos espantinho” que os críticos do positivismo criaram afim de atacá-lo (SARMENTO, 2011).

do Direito por Kelsen, para o qual o direito injusto não deixava de ser direito, ou seja, poderia-se verificar a existência de um direito posto sem a necessidade de juízo de valor sobre sua correção ou incorreção, bastando apenas a existência de um ordenamento coercitivo globalmente eficaz. No chamado pós-positivismo, portanto, existe um tipo de *razão* para a correção de uma decisão jurídica que está às margens das justificativas que o direito positivo possa dar, vendo-se tal *razão* como condição de validade do próprio direito posto.

“A doutrina neoconstitucionalista é [...] uma política constitucional que indica não como o direito é, mas, como o direito deve ser” (POZZOLO, 2006). Portanto não é descritiva ou prescritiva, mas axiológica. Essa nova perspectiva perante o direito encontra-se presente até na etimologia do termo neoconstitucionalismo, já que o termo constitucionalismo desacompanhado do prefixo “neo”, até o século XIX, era comumente relacionado a algo essencialmente normativo.¹³ Justamente por possuir este caráter axiológico e não-normativo, que o novo movimento constitucional considera que o direito pode ser sim derrotável (VASCONCELLOS, 2010). E afirmar

que uma norma jurídica é derrotável equivale a dizer que ela está sujeita a exceções (implícitas) que não podem ser exaustivamente identificadas previamente, de forma que não é possível antecipar quais as circunstâncias que serão determinantes e suficientes para sua aplicação. (VALLE, A., 2011, p. 167).

Em contraste com o positivismo e o jusnaturalismo, o neoconstitucionalismo "busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas" (BARROSO *apud* MACHADO, 2011). É um posicionamento arriscado: o judiciário ao mesmo tempo que quer superar a lei, não pretende abandonar a separação dos poderes e suas garantias a ela inerentes; enquanto se preocupa com a moral na aplicação do direito, se esquece, em medida, da moral que o criou. Surge o paradoxo em que “o juiz não deve criar o direito, mas não pode não criá-lo” (BARBERIS *apud* POZZOLO, 2006).

¹³ FIGUEROA, 2003, p. 159: “Se denominado genericamente ‘constitucionalismo’ (y mas precisamente ‘neoconstitucionalismo’ com el fin de acentuar el nuevo carácter que há adquirido em la actualidad) a la teoría o conjunto de teorías que han proporcionado una cobertura iusteórica conceptual y/o normativa a la constitucionalización Del Derecho em términos normalmente no positivistas”.

A cultura jurídica anterior considerou necessário um Poder Judiciário independente para a democracia moderna. Agora, o neoconstitucionalismo, sem prejuízo dos benefícios já conquistados, pretende tornar tal poder mais forte para que ele seja, assim, mais responsivo à sociedade. Como consequência, institucionalmente juízes e tribunais tem ascendido solitariamente no campo da construção do direito. Essa solidão é defendida por haver uma “certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral” (BARROSO, 2011), motivo pelo qual a legolatria (GROSSI, 2006, pp. 6-7) se transforma em *jurislatria*. O fato é que no Brasil, o pensamento neoconstitucionalista cresceu exponencialmente, mas não apenas pelo descrédito do modelo legicêntrico... Dentre outros motivos, por algum tempo a nova teoria foi como

uma espécie de voz uníssona no pensamento constitucional brasileiro. A circunstância se deve principalmente à inexistência de um contra-discurso sistematizado na doutrina brasileira. Os autores que por ventura se oponham às premissas do Neoconstitucionalismo ou estão silentes ou se manifestam de modo tão disperso que a aparente homogeneidade do discurso neoconstitucionalista não chega a se abalar. (MACHADO, 2011).

Assim como os movimentos arquitetônicos são para a construção de uma casa, o neoconstitucionalismo é uma maneira que atualmente se encontra em voga no que diz respeito à construção do direito. O fato das vozes serem uníssonas sobre essa construção não significa que elas estejam, necessariamente, afinadas.

2.5 Os Acordes Dissonantes do Neoconstitucionalismo

O neoconstitucionalismo pode, e muitas vezes assume um caráter dissonante com a democracia e com a própria ideia de justiça. Doutrinariamente há o reconhecimento que a sua prática envolve um risco. Porém, é a sociedade que deve assumi-lo e não o judiciário como atualmente se tem visto. Por isso, a pretensão aqui é demonstrar que o neoconstitucionalismo pode se transformar de alegria dos homens à réquiem da democracia na sociedade que ele pretende substancialmente promover. Encontram-se graves deformidades práticas nesta maneira de se encarar

o direito. Portanto, é importante se conscientizar de quais são os acordes desta “música”, seja ela um minueto¹⁴ ou marcha fúnebre.

2.5.1 Abertura do Direito Pela Via Princioplógica: Constitucionalização da Vida.

O reencontro do direito com a moral foi promovido em grande medida pela inserção dos princípios nas Constituições, que assim, ganharam força normativa. Os princípios constitucionais possuem caráter eminentemente aberto e conteúdo fortemente finalístico. A Constituição deixa de ser mera carta política para se tornar verbo; não é mais moldura, mas genoma. A demarcação de espaços em que o processo legítimo majoritário deve ocorrer não tem muito prestígio – pois é nela, Constituição Federal, que se encontram todas as respostas. Esse caráter onisciente que o texto constitucional tenta possuir gera um problema que é a “judicialização da vida” (PIRES, 2011, p. 39). O crivo judicial possibilita discutir tudo, em um fenômeno conhecido como judicialização¹⁵ que

significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo - em cujo âmbito se encontram o presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. (BARROSO, 2008).

Além do fenômeno da judicialização que será discutido posteriormente, há uma preocupação com o manuseio dos princípios do ponto de vista interno (preocupação sistêmica) e externo (superalidade legal baseada na moral). Do ponto de vista interno, os princípios são vistos como algo que alarga demais a margem criativa do juiz e que podem levar, portanto, a contradições dentro do ordenamento. Do ponto de vista externo, tudo pode ser encarado como entrave formalista à justiça, sendo facilmente superado pela moral do juiz de plantão. A ponderação, nesse último caso, é vista apenas como recurso retórico, pois ao se evocar princípios, eles

¹⁴ Minuetos, em geral, são composições alegres e dançantes, geralmente apreciados pela aristocracia francesa dos séculos XVII e XVIII.

¹⁵ O judiciário alemão e suíço decidiram já, por exemplo, se o Grande Colisor de Hádrons (LHC) da Organização Europeia para Pesquisa Nuclear deveria ser, ou não, ligado. Uma mulher preocupada com o fato de que o aparelho poderia criar buracos negros e destruir a Terra perdeu sua pretensão em ambas as cortes. Esse é um exemplo claro, ainda que estrangeiro, da judicialização da vida – onde que a própria Terra é posta em jogo no tabuleiro do judiciário. Para mais detalhes do caso v. PAPPAS, 2012.

agem como “palavras mágicas que, pronunciadas, fazem do mundo e do direito aquilo que o juiz gostaria que fossem” (PIRES, 2011).

A principalização do direito, portanto, deve ser vista com cautela: a ponderação deve usar de ponderação – por mais clichê que isso pareça. É importante isso ser dito já que atualmente se valoriza por demais decisões principiológicas. Daniel Sarmento inclusive diz que positivismo hoje no país é quase um palavrão (SARMENTO, 2011, p. 104), tendo em vista que decisões calcadas em regras legais são marginalizadas e tidas como burocráticas – o que como já visto, não é sinônimo de algo ruim.

Alexy tem bastante prestígio no que diz respeito à cisão das normas jurídicas entre princípios e regras, pois segundo seu raciocínio (exposto aqui de maneira bastante simplificada), as regras, se racionalmente justificadas, resultam de uma ponderação de princípios. A hipótese de incidência de uma regra constitui uma situação de prevalência de um princípio sobre outro – a consequência jurídica da regra nada mais é do que o fruto dessa precedência. “Toda regra jurídica conserva uma ligação com os princípios que lhe dão fundamento. Toda regra jurídica pode ser apresentada como o resultado de uma ponderação de princípios feita pelo legislador” (BUSTAMANTE, 2011). Princípios não possuem, afinal, caráter axiológico, mas deontico. Ao mesmo tempo funcionam como cânones de interpretação das próprias regras, pois são os fundamentos jurídico-axiológicos delas. O celeuma que essa teoria enfrenta é quando “as regras podem ser tão difíceis de interpretar quanto os princípios” (VALE, A., 2011).A

(...) vaguidade é ineliminável em toda linguagem natural, sendo a textura aberta uma característica comum nas normas. Na maioria dos ordenamentos jurídicos, algumas normas constitucionais comumente qualificadas como princípios estão estruturalmente construídas sob a forma de mandatos definitivos. (VALE, A., 2011, p. 153).

como é o caso, no Brasil, do princípio da irretroatividade tributária, por exemplo. A dicotomia normativa de regras e princípios permite interpretações contra legem, mas se torna prejudicada ao passo que não fica claro

quais propriedades deve ter uma norma para merecer o nome de princípio, de modo que tudo acaba cingindo-se a "uma questão de interpretação". A questão de se uma determinada norma constitui um

princípio não é, como ressaltado por Guastini, "uma questão de fato", mas de "valoração do intérprete". (VALE, A., 2011, p. 177).

Caímos assim, em um ciclo vicioso, pois a própria forma de interpretação se torna uma segunda forma de interpretação. Reconhece-se que a distinção de regras e princípios, apesar de existente, é débil e não pode tranquilamente ser vista como uma mera zona cinzenta dominada por regras-princípios e princípios-regra. O próprio conceito de regra que a teoria de dicotomia empreendeu é extremamente rígida e pode ser considerada um paradoxo apto a questionar seus pressupostos básicos.¹⁶

Por fim, os princípios abrem a porta para a "moral". Na abertura dessa porta, podemos nos deparar com um obstáculo difícil de ser derrotado, uma vez que a jurisdição se torna imune à crítica¹⁷. As próprias ponderações morais estão ao lado do direito (MAUS, 2010, p. 18), tornando ele invulnerável e afastado da sociedade que o neoconstitucionalismo pretendeu reintegrar. Como brilhantemente exposto por Vinicius Batista Soares,

os juizes, ao interpretarem os princípios fundamentais enquanto atividade tendente a concretizar, realizar valores, coarctam, pois, a possibilidade dos cidadãos de decidirem, só por si, o que é, ou deixa de ser, bom para si próprios, além do que suprime a carga mandamental, vinculante, de obrigatoriedade dos direitos. E, o que é pior, o Tribunal, ao assimilar o direito à moral, à religião e aos valores faz a existência da democracia depender de um ideal comunitarista, em que os membros de uma sociedade política, para tanto, devam compartilhar os mesmos supostos axiológicos, os mesmos interesses, uma mesma concepção de vida e de mundo. O dissenso, nesta hipótese, irremediavelmente, será combatido de forma impiedosa, ao fundamento de que os valores que lhe subjaz não encontram guarida naquilo que os juizes decidiram como o que é bom, o que está de acordo com os "valores constitucionais". Os Tribunais assumem, então, o papel de guardião da "moral" e dos

¹⁶ VALE, 2011, p. 180: "Se as regras têm que ser interpretadas no contexto do sistema jurídico, isso exclui a possibilidade de que possam atuar como razões suficientes".

¹⁷ Ibidem, p. 183: "Alguns concluirão que a ductibilidade de conceitos adotados e a noção de derrotabilidade aplicável indistintamente a todas as normas pode desencadear uma utilização desenfreada de ponderações subjetivas insuscetíveis de qualquer controle racional. Estaria aberta aos magistrados uma ampla margem de ação para, utilizando a distinção entre princípios e regras como estratégia argumentativa, fundamentar e legitimar processos hermenêuticos que em verdade visem a camuflar reais interesses subjetivos (muitas vezes políticos) no afastamento da norma prevista pelo ordenamento para aplicação ao caso concreto. O resultado seria, num primeiro plano, um elevado nível de particularismo e indeterminação na aplicação do direito, com sérios reflexos negativos para a necessária construção de uma sólida jurisprudência; e, num segundo plano, a possível contaminação das Cortes Constitucionais por interesses políticos, abrindo espaço para o desenvolvimento da corrupção política." Sobre o juiz e o seu livre poder decisório que se escora em teorias ultra-rationais, v. o capítulo 3 deste trabalho.

"bons costumes", desconsiderando que os valores expressam relações de preferência em determinada cultura, o que torna altamente problemática a possibilidade de sua imposição de forma cogente pelos juizes. (SOARES, 2006).

2.5.2 A Sociedade Infantilizada e o Ativismo Judicial

Houve uma época em que o direito era consuetudinário, fortemente relacionado com a tradição secular e com a moral, temporalmente construído, socialmente compartilhado e paulatinamente aprimorado. A própria comunidade conduzia seus desígnios sociais e políticos. Com o dirigismo estatal – e depois, com o seu desprestígio, a sociedade se tornou órfã. “A ‘sociedade órfã’ promove a infantilização dos sujeitos, cuja consciência de suas relações de dependência também desvanece” (MAUS, 2010, p. 18). As atitudes infantis dos cidadãos tendem levar a comunidade a confiar a tutela dos mecanismos de administração social no Poder Judiciário.

Este, ao assumir o papel de “pai”, toma as rédeas do ordenamento social e passa a direcionar os indivíduos através dos processos de intervenção e defesa. Para tanto, há de se destacar a figura imprescindível do jurista, com vistas a recordar a confiança depositada no mesmo por aqueles que buscam orientação para a vida em comunidade. (OLIVEIRA; SILVA, 2013).

Esse excesso de confiança depositado no judiciário é um fenômeno alarmante na Alemanha, por exemplo. Lá, a confiança das pessoas depositada no Tribunal Constitucional alemão atinge a taxa de 62%, enquanto a televisão recebe 34% e universidades 2% (BEYME, 1987 *apud* MAUS, 2010). No Brasil, as porcentagens não são tão escandalosas: o percentual de confiança chegou a 39% no segundo semestre de 2012 – ficando atrás de outras instituições mais tradicionais, como as Forças Armadas e Igreja Católica (CUNHA; BUENO; OLIVEIRA; SAMPAIO; RAMOS; MACEDO, 2014). A ascensão do poder judiciário é creditado a um desprestígio da política majoritária e com o modelo representativo democrático atual. O nível de confiança do povo tende a subir na medida em que a justiça age de acordo com a opinião pública, como por exemplo, em uma atuação enérgica como no caso da ação penal 470 do Supremo Tribunal Federal ou na proibição do nepotismo no âmbito administrativo.

O judiciário se torna uma instância de veneração em que os juízes dos tribunais superiores “aparecem como *prophets, olympians of the law*” (MAUS, 2010). Kaufmann (1927 *apud* MAUS, 2010, p.17) diz que com o fim da monarquia, o simbolismo de unidade do povo foi substituído pela Constituição e seus direitos fundamentais, que são operacionalizados pelos seus intérpretes (os juízes). Nesse sentido, uma “decisão justa só pode ser tomada por uma personalidade justa” (KAUFMANN, 1927).

A dissimulação moral, efetuada pelos juízes, é importante para compelir as morais autônomas apresentadas por movimentos de protesto e contestação. Os tribunais se tornam uma espécie de tutor dos cidadãos - pois as concepções morais dos julgadores ganham foro universal de validade.

Evidenciam-se alguns problemas de práticas jurisdicionais que, sob o pretexto de oxigenação moral do direito, terminam por asfixiar a autonomia dos cidadãos, ao permitir que o Poder Público validamente, substituindo-se na vontade das pessoas, decida de forma terminante, autoritária, sobre a legitimidade de questões afetas à reserva de liberdade constitucionalmente conferida aos cidadãos. (SOARES, 2006).¹⁸

Sociedades plurais e carentes, como a nossa, tornam a questão do consenso axiológico uma questão dramática que o direito deve se preocupar. O pluralismo mundiviso torna inviável a apreensão de uma moral comunitária. Por isso, o caminho para um ativismo judicial, independente dos seus resultados substantivos, pode ser, e na maioria das vezes é, perigoso. Os juízes transmutam a lei naquilo que preferem e isso, invariavelmente, em algum tempo tornará eles mais vulneráveis às pressões do ambiente político, principalmente quando o véu do tecnicismo cair... “A partir daí a decisão judicial perde sua força oracular, e os juristas são desvestidos de sua pretensão mais visível, que é a de serem portadores de um conhecimento privilegiado” (NONET; SELZNICK, 2010).

A técnica e a expertise jurídica empregadas pelo juiz acabam se restringindo a uma gentileza de se “fingir que está *descobrimdo* o que a lei era o tempo todo: ele

¹⁸ Nesse sentido, por exemplo, é o caso da liberdade sexual: “*Se a proteção da liberdade sexual continua problemática é porque uma forma de moral (que não diz seu nome) assume muitas vezes o lugar do direito. A noção de dignidade humana, utilizada para restringir a liberdade sexual, manifesta melhor que qualquer outra o imperativo moral transcendental que se impõe aos direitos subjetivos e às liberdades individuais. Além disso, a hesitação a invocar abertamente a proteção da moral tradicional faz recorrer a outros motivos socialmente mais aceitáveis, como a proteção dos fracos ou a dignidade das mulheres. Mas o resultado continua sendo o mesmo: suprimir a liberdade.*” BORRILLO, 2005 *apud* SOARES, 2006.

não se apresenta explicitamente como um legislador” (WALDRON, 2003) – apesar de se comportar como um a todo tempo na tarefa criativa do direito.

Os tribunais assumiram um posto político, ainda que não partidário. O fenômeno do ativismo gera reflexos, muitas vezes sendo alvo de crítica. O ativismo é caracterizado por “algum excesso ou distorção no exercício da função jurisdicional” (MACHADO, 2008). A judicialização é um fenômeno diferente de ativismo, defende Barroso (2008), pois institucionalmente o judiciário está adstrito ao princípio da inércia. Porém, como tudo pode ser judicializado, o Poder Judiciário extrapola, muitas vezes, sua função – recaindo, novamente, na definição de ativismo.

A abertura do direito gera uma instituição jurídica mais flexível que pode degenerar em oportunismo. O neoconstitucionalismo não cumpre seu papel central ao ter uma obsessão de dar ao judiciário o papel exclusivo de intérprete da constituição. Isso “favorece um governo à moda platônica, de sábios de toga, que são convidados a assumir uma posição paternalista diante de uma sociedade infantilizada” (SARMENTO, 2011).

2.5.3 A Perspectiva Oficial: A Lei Obriga Seus Destinatários, Não Seus Intérpretes

A teoria neoconstitucionalista tem em sua base dois pilares bem sólidos: (i) centralidade da Constituição e (ii) supremacia judicial. Esses pilares não são estanques, se interpenetram e se utilizam como justificção. No Brasil, por exemplo, a Constituição Federal de 1988 diz no seu artigo 102 que é competência do Supremo Tribunal Federal a guarda¹⁹ da Constituição. O tribunal constitucional brasileiro é, portanto, um órgão que dá a palavra definitiva e vinculante do que seja a norma constitucional, como se fosse mais apto a captar a sua essência do que toda a sociedade que por ela é regulada. Não é exagero dizer que a Constituição da República – que inicialmente era um instrumento político - se tornou um instrumento contra-social, pois encontra-se enclausurado em tribunais que manejam seus textos baseados em interpretações criativas que nem sempre envolvem um processo ou resultado adequado. Tal atitude é própria de um direito repreensivo, que possui

¹⁹ A expressão guarda no direito de família trata-se de um direito-dever que os pais estão incumbidos em realizar em favor de seus filhos. Nesse sentido, a guarda da Constituição é o papel que o Supremo Tribunal Federal realiza perante a sociedade infantilizada. v. CHAGAS, 2011.

uma atitude ciumenta para com imperativos que consolida o poder: o "sistema" deve ser mantido, os recursos têm de ser conservados e a autoridade precisa ser protegida. Surge então uma "perspectiva oficial", à luz da qual os governantes identificam o seus interesses com os da comunidade.(...) Essa perspectiva oficial blinda a autoridade contra a crítica e a contestação. (NONET; SELZNICK, 2010, pp. 83-5).

Quando ao judiciário é cabível dar a última palavra, os “limites à ação política serão definidos concretamente por agentes não-eleitos e que não podem ser responsabilizados politicamente por suas decisões” (PIRES, 2011). Nesse sentido, o legislador que edita uma lei ruim poderá ser responsabilizado politicamente; o juiz que interpreta mal a Constituição, não. Decisões equivocadas tomadas na corte são tidas como exigências constitucionais, e portanto, irreversíveis para os cidadãos. Isso é em certa medida absurdo, pois

o governo está vinculado à Constituição, mas o povo não (...). O caráter (...) ‘pré-estatal’ dos direitos dos homens faz com que nenhum argumento suprapositivo-jurídico possa alguma vez ser invocado contra os indivíduos pelos aparelhos estatais. (MAUS, 2010, p. 140).

O Supremo Tribunal Federal submete todas as instâncias à Constituição, enquanto ele mesmo se isenta de todas as vinculações. O judiciário não se submete à lei de maneira absoluta como antes fazia, mas exige o cumprimento de suas sentenças a todas outras instâncias, ele feitichiza sua independência no “sentido de exigências político-corporativas e, ao mesmo tempo, exige a independência também do legislativo (...) ao negar fundamentalmente a ‘vinculação legal’ deste último” (Ibidem, 2010).

A perspectiva oficial desprestigia os outros agentes sociais, pois o que se torna relevante é a interpretação dos princípios constitucionais realizadas pelo STF e acompanhadas pelo restante do judiciário. E qualquer inovação apresentada pela sociedade em sentido amplo, no objetivo de reforma, esbarrará no crivo da fidelidade constitucional – a qual “os aparelhos estatais redefinem caso a caso, com a ajuda de métodos de interpretação livre” (Ibidem, 2010).

A Constituição se tornou aquilo que os juízes interpretam como valores corretos. Maus diz que a jurisdição se tornou a portadora da consciência, em que o

juiz se transmuta em própria lei, sendo o encarregado da síntese da multiplicidade social.

A supremacia constitucional ao se tornar a supremacia judicial – se torna um imenso e assombroso problema democrático.

2.5.4 Inocência e Utopia

Barroso diz que o neoconstitucionalismo (ou constitucionalismo democrático, como ele o denomina) condensou as promessas de “poder limitado, dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais, justiça material, solidariedade, tolerância e – quem sabe? – até felicidade (BARROSO, 2009). Esse posicionamento, entretanto, é muito questionável. Villian Bollmann diz que no Brasil o neoconstitucionalismo não trouxe

um verdadeiro discurso democrático sobre a decisão judicial. Da mesma forma que o uso retórico dos “métodos de interpretação” esconde uma “arbitrariedade judicial”, o uso dos princípios como válvula de escape para inserir os valores do juiz no discurso de sua decisão, pode provocar o mesmo resultado. (BOLLMANN, 2009).

Por esse motivo que muitos consideram o neoconstitucionalismo como uma filosofia *naïve* (inocente) de se encarar a criação do direito.

Em relação a essa suposta inocência, Barroso, no seu Curso de Direito Constitucional Contemporâneo apresenta uma contra-resposta²⁰, dizendo que o neoconstitucionalismo é uma utopia que precisa ser perseguida: ao tentarmos alcançá-la estamos caminhando²¹ e é isto que importa. Eu discordo neste ponto. Andar não significa avanços. Dependendo da estrada que vamos percorrer, podemos estar dando intermináveis voltas, ou procedendo a um grave retrocesso. Entretanto, quando estamos apenas caminhando, não temos essa percepção – e é

²⁰ BARROSO, 2009, p.400: “O mundo ocidental vive uma era pós-tudo: pós-Marx, pós-Freud, pós-Kelsen. Já não existem ideologias abrangentes e redentoras à disposição. A revolução não veio. Não vivemos em um mundo sem países, sem miséria, sem violência. A desigualdade abissal, no plano doméstico e no plano internacional, segue sendo um estigma para o processo civilizatório e para a condição humana. Não foi possível criar – ainda – um tempo de fraternidade e de delicadeza. Nesse ambiente, o constitucionalismo democrático é a utopia que nos restou. Uma fé racional que ajuda a acreditar no bem e na justiça, mesmo quando não estejam ao alcance dos olhos”.

²¹ Barroso cita o escritor uruguaio Eduardo Galeano, que no trecho do seu livro transcreve “A utopia está lá no horizonte. Me aproximo dois passos, ela se afasta dois passos. Caminho dez passos e o horizonte corre dez passos. Por mais que eu caminhe, jamais alcançarei. Para que serve a utopia? Serve para isso: para que eu não deixe de caminhar.” Ibidem.

apenas ao passar do tempo, é que tomamos a consciência de que algo não correu tão bem.

O neoconstitucionalismo funciona como uma planta da construção do direito, determinando a maneira como ele deve ser constituído no caso concreto. Essa teoria, como já demonstrado, coloca uma grande responsabilidade nas mãos do construtor, o juiz – uma vez que o projeto neoconstitucionalista é ambicioso e utópico, algo admitido até entre seus defensores. Uma reflexão de como tal responsabilidade é resolvida e se ela é feita de maneira satisfatória serão temas tratados no próximo capítulo.

3 CONSTRUTOR DO DIREITO: O JUIZ

Primeiro caso. Uma mulher é portadora de miocardiopatia dilatada familiar. A patologia a impede de levar qualquer tipo de gravidez adiante sob risco de sua própria vida. No ano anterior, por esse motivo, realizou um aborto. Está grávida novamente. Quer abortar, não pode. Motivo? Foi avisada. Avisada não, orientada. Alguém lhe impôs antes a necessidade de se estabelecer um método de contracepção eficaz e definitivo. Como não obedeceu, foi apenada: não está autorizada a abortar agora (independente do risco à sua vida), pois a gestação foi um ato voluntário e negligente (PORTELLA, 2012).

Segunda situação. Alguns pastores evangélicos dizem que praticantes da umbanda e os orixás do Candomblé são semelhantes a uma legião de demônios. O culto foi gravado. Os vídeos são postados no YouTube. A Associação Nacional de Mídia Afro pede a exclusão do conteúdo virtual por ofender as religiões que possuem raízes africanas. O pedido é negado. Motivo? Umbanda e Candomblé não possuem traços característicos de uma região. O que caracteriza uma religião? Alguém diz ser a existência de uma estrutura hierárquica, a presença de um Deus e veneração à um texto base (BRISOLLA, 2014).

Terceiro panorama. O Congresso Nacional tem reconhecida a prerrogativa de ter a última palavra no que tange a cassação de seus parlamentares já condenados à pena de prisão. Afinal, esse é o texto constitucional, certo? Por sorte ou política, a Câmara deixou de cassar um deputado condenado ao regime fechado. E agora? Como a Câmara errou, sua autonomia não mais importa, alguém cria uma nova (e salvadora) hipótese: nesse caso, a perda do mandato parlamentar se torna automática (STRECK, 2013b).

Três exemplos tendenciosamente escolhidos. A eles poderiam se juntar outros, como o caso em que se permitiu o reajuste da passagem de ônibus de Belo Horizonte independentemente de uma análise do Ministério Público (VALE, J., 2014) ou quando se considerou que futebol não é esporte para homossexuais²². Não é só nas sentenças obviamente equivocadas que eles agem, mas é nelas que isso se torna mais perceptível, justamente porque perdemos o encanto com os nossos super-heróis. O superego se quebra. Aí enxergamos o *alguém*. Que são eles, os

²² Folha Online. *Leia a íntegra da sentença envolvendo o jogador Richarlyson*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/esporte/ult92u317519.shtml>>. Acesso em: 10 de junho de 2014.

juízes, desembargadores e ministros. Os construtores do Direito – uma força que pode muitas vezes ser avassaladora, onipresente e onisciente.

Nada aos juízes escapa: são participantes da vida política, determinando a cassação de mandatos e a fidelidade partidária; aplicados na vida econômica atuando conjuntamente ao CADE na regulação do mercado econômico (SILVA JÚNIOR, 2006); assíduos na seara da vida moral, determinando quando um aborto poderá ser feito, e quando não; interessados na vida social, determinando o que é religião e até a vida privada não se livra de seus julgamentos. São funcionários públicos do Estado e dizem ser sua voz – e talvez a questão seja justamente essa pois o “Estado é o mais frio de todos os monstros. Ele mente friamente; de sua boca sai essa mentira: ‘Eu, o Estado, sou o povo’” (NIETZSCHE, 2011).

Vossa Excelência, Senhor Doutor: por que os juízes atualmente possuem tanto prestígio? Por que eles são os únicos a empreender a nobre tarefa de construir o direito? Talvez, possa se considerar que o plano construtor (neoconstitucionalista) favoreça a sensação de desabamento político, simbólico, psíquico e normativo. Porque descobrimos que

nossa própria identidade que corre o risco de falhar: a do indivíduo, a da vida social e a do político. O juiz surge como um recurso contra a implosão das sociedades democráticas que não conseguem administrar de outra forma a complexidade e a diversificação que elas mesmas geraram. O sujeito, privado das referências que lhe dão uma identidade e que estruturam sua personalidade, procura no contato com a justiça uma muralha contra o desabamento interior. Em face da decomposição do político, é então ao juiz que se recorre para a salvação. Os juízes são os últimos a preencher uma função de autoridade – clerical, quase que parental – abandonada pelos antigos titulares. (...) O juiz passa a ser o último guardião de promessas tanto para o sujeito como para a comunidade política. Por não conservarem a memória viva dos valores que os formam, eles confiam à justiça à guarda de seus juramentos. (GARAPON, 2001).

Porém, a transferência irracional de todas as frustrações modernas para o judiciário, “o entusiasmo ingênuo pela sua onipotência, podem voltar-se contra a própria justiça” (Ibidem). Dessa maneira, um mito deve cair: o juiz não é pai da sociedade, nem algoz. Não é vilão – mas absolutamente não é nenhum super-herói.

3.1 O Juiz é Deus²³

Para uma construção democrática do direito, o primeiro mito que deve sucumbir é a figura do super-juiz, que atualmente habita o imaginário das pessoas e dos pronunciamentos feitos no Poder Judiciário. Um exemplo que ilustra de maneira clara esse triste fenômeno pode ser percebido no discurso proferido na data de 5 de maio de 2014 pelo juiz Bruno Vinícius da Rós Bodart, orador da turma dos candidatos aprovados no concurso de ingresso da magistratura do estado do Rio de Janeiro, conforme abaixo transcrito:

Hoje celebramos um rito de passagem. Vinte e seis cidadãos e cidadãs tomam um caminho sem volta, levando na bagagem suas experiências, ideias e emoções, mas sabendo que, de agora em diante, suas vidas serão permanentemente transformadas. Ingressamos, neste momento, na vida pública, um rigoroso sacerdócio a que se submetem aqueles que desejam oferecer tudo o que têm de melhor para a construção de uma sociedade mais justa e solidária. (...) **O juiz pode até não ser um super-herói, mas dele se esperam certos atributos singulares, próprios daqueles que salvam vidas, reúnem famílias e combatem o crime. (...) Já que estamos falando em super-heróis, vem a calhar uma bonita frase utilizada no filme do Homem-Aranha: “grandes poderes trazem grandes responsabilidades”.** Embora extraída do mundo fantasioso do cinema, a frase ilustra com precisão a tarefa que nos espera. Depende do juiz uma justiça que não tarda e não falha, ao mesmo tempo em que o jurisdicionado merece e espera de nós muita prudência e serenidade no ato de decidir. Se hoje realizamos um sonho, sabemos bem que amanhã são os sonhos de muitas outras pessoas que **dependerão de nós** para serem realizados. (...) O juiz não deve se curvar, por mais poderosas que sejam as forças contrárias, e jamais deve se desviar do caminho retilíneo, via única de acesso à verdadeira justiça. Muito menos deve o juiz temer as más línguas e as críticas, porque o tempo, com a sua incomparável propriedade restauradora, será encarregado de mostrar as nossas virtudes e fazer justiça por nós, tal como fizemos pelos outros. Nas bem inspiradas palavras do eminente Ministro Luiz Fux, com quem tanto aprendi, “em um país onde os juízes temem, as sentenças valerão tanto quanto valem esses homens”. Neste púlpito, sou portavoza do compromisso inarredável, meu e de meus colegas, com a justiça, e somente com ela, em cada caso que julgarmos.(VASCONCELOS, 2014, grifo nosso).

²³ “*Who is the judge? The judge is God. Why is He God? Because he decides who is right or wrong, not my opponent. Who is your opponent? He does not exist. Why does he not exist? Because he is a mere dissenting voice of the truth I speak*”. The Great Debaters, Denzel Washington, Jeffrey Porro, Robert Eisele, United States, Harpo Productions, 2007, DVD.

A veneração da figura do magistrado se tornou o ingrediente principal que fomenta o crescimento do superego do judiciário que tanto Maus nos alertou. Pelo menos na nossa tradição jurídica, o juiz nunca foi visto como um “pai da sociedade” ou como um “ancião detentor da moral comunitária” – muito pelo contrário, a exposição feita no primeiro capítulo deixa claro que o positivismo exegético francês surgiu como uma resposta direta ao fenômeno da aristocracia de toga. No Brasil e na maioria dos países de tradição do Civil Law, os juízes são funcionários públicos, servidores civis. A magistratura é apenas uma possibilidade dentro das muitas outras possíveis aos estudantes de direito. Na maioria dos casos, para exercer a atividade jurisdicional é necessário que o indivíduo se submeta a algum tipo de certame público, que como todo processo avaliativo, possui suas imperfeições e problemas. Para alguém, pelo menos no Brasil, ser juiz, ele não precisa ser um superjuiz - a aprovação no concurso, na maioria dos casos, lhe basta! Para a aprovação ocorrer, portanto, o indivíduo não deve possuir uma moral iluminada ou deter forte senso de justiça (pode até tê-los, mas essas características não são avaliáveis): o necessário é uma boa base de conhecimento técnico (e em geral é a letra da lei que, se aprovados, poderão superar). Conhecimento técnico é um tipo de capacidade que permite a um indivíduo se encaixar no tipo de perito burocrata²⁴, mas nem de longe é requisito para o perfil de qualquer super-herói.

Barroso diz que “o modo de investidura dos juízes e membros de tribunais, sua formação específica e o tipo de discurso que utilizam” (BARROSO, 2011) são pontos que merecem reflexão. O problema é como essa reflexão é sugerida pelo autor, que diz ser necessário aos juízes a observância de uma prudência e moderação aristotélica – se exige atenção à qualidades morais afim que eles (os juízes) não sejam destruídos pelo excesso ou pela deficiência. A solução que o doutrinador dá para o problema é, no mínimo, inocente: não se resolve o problema, mas o retoma. O depósito de esperança nas virtudes do juiz é justificado por uma crença no “dever que move as pessoas de bem em uma sociedade civilizada” (BARROSO, 2011). Porém, no mesmo texto o autor admite que “uma teoria hermenêutica construída a partir de uma imagem romântica do juiz pode produzir

²⁴ VIANNA, 1997, p. 295: “*Ele é criatura de uma carreira burocrático-estatal, porém, se concebe como um ser singular, auto-orientado, como se a sua investidura na função fizesse dele um personagem social dotado de carisma. Daí que, embora recrutado fora da política, isto é, pelo instituto do concurso público, ele não se enquadre inteiramente no ethos burocrático preconizado por Max Weber*”.

resultados desastrosos quando manejada por magistrados de carne e osso que não correspondam àquela idealização” (BARROSO, 2011). Parece ser o caso.

A governança jurídica é um problema. Os juízes não são necessariamente mais sábios, informados ou conscientes que o resto da população. Com o advento e expansão do neoconstitucionalismo, seus poderes de detecção das marcas morais e constitucionais podem transformar a sociedade “em um bando de carneiros, e os carneiros poderiam terminar no matadouro” (WALDRON, 2003). É necessário não só aos juízes, como sugere Barroso, mas à toda sociedade a percepção de que não emana poder divino da magistratura. Não se deve temer uma visão social que enxerga no Poder Judiciário um poder demasiadamente humano e apto a falhas, pois é só assim que ele poderá ser aperfeiçoado. A consciência do erro é melhor que o aplauso do acerto. O compromisso assumido pelos juízes não deve ser com o próprio eu, como aconselha Barroso. Não basta a auto-contenção silenciosa. Julgar deve ser um exercício de humildade, prestado perante a sociedade, balizado através da atuação do outro, e no campo jurídico, em especial à atuação do advogado e do promotor (no mínimo).

O ser humano é imperfeito. O direito surge, em certa medida, por conta dessa demasiada imperfeição – o direito não se faz sozinho.

A exigência (...) de que a jurisprudência seja íntegra, também decorre da ideia (ou do humilde reconhecimento) da imperfeição humana: como os juízes não estão sozinhos no mundo - e, evidentemente, não estão só no mundo jurídico -, devem compreender o que se produz na jurisprudência - do mesmo Tribunal, de órgãos superiores etc. -, seguirem aquilo que se produziu ou, se divergirem, devem indicar os porquês. Ninguém se fez ou se faz sozinho. Devemos muito uns aos outros - ok, talvez esse não seja o seu, mas é o meu caso. O Direito também se faz comunitariamente. Por isso - ou apesar disso - acho estranho quando alguém cria para si uma máscara de perfeição. Aprendi a desconfiar daqueles que vivem a ostentar qualidades (reais?). Exibindo uma falsa perfeição, moralistas de plantão sempre têm algo a esconder. Isso vale para os moralistas, mas também para os juristas/censores de plantão: ninguém sabe tudo. Aqueles que muito estudam sabem que têm muito a aprender. No fundo, somos um monte de gente imperfeita lutando contra nossas imperfeições. Por isso, gosto de pensar que não precisamos ser perfeitos - seríamos um grande fracasso - mas devemos ser íntegros: tentar crescer como seres humanos, tentar melhorar dia a dia, reconhecer os erros e, apesar de nossas imperfeições, continuar lutando, seguindo em frente, aprendendo com a vida, aprendendo uns com os outros. Sejamos humildes, (...) assim na vida, como no Direito. (MEDINA, 2013).

Não poderia, ao fim dessas considerações (sobre humildade que deve possuir a magistratura) de deixar de citar Carnelutti, para quem o juiz é um homem, e como homem, é também uma parte como aqueles que estão defrontes a ele para serem julgados.

Esta, de ser ao mesmo tempo parte e não parte, é a contradição, na qual o conceito do juiz se agita. O fato de ser o juiz um homem, e do dever ser mais que um homem, é o seu drama. Um drama representado com insuperável maestria no Evangelho de João (...): “Jesus depois foi ao monte das Oliveiras, mas ao amanhecer estava no templo, e todo o povo acorria a Ele, e Ele se pôs sentado e ensinava; nessa ocasião os escribas e fariseus conduziam uma mulher que foi surpreendida em adultério, e, postando a no meio, diziam a Ele: esta mulher foi apanhada em ato de adultério. Ora, Moisés, na lei, nos tem determinado que tais mulheres sejam apedrejadas. Tu, que nos dizes? E isto perguntava para colocá-lo à prova e ter meio de acusá-lo. Mas Jesus se inclinou e com o dedo e se pôs a escrever sobre a terra. Insistindo aqueles a interrogá-lo, Ele se levantou e respondeu: “quem é de vós sem pecado atire a primeira pedra” (João, VIII, 1). É de ficar sem respiração. “Quem é de vós sem pecado atire a primeira pedra”! Necessita, para sentir-se digno de punir, estar sem pecado; portanto somente o juiz está acima daquele que é julgado. E uma vez que o pecado não é mais que o nosso não ser, aquilo que deveremos ser precisa ser em plenitude, sem deficiências, sem sombras, sem lacunas; em suma, necessita não ser parte para ser juiz. (...) Nenhum homem, se pensasse no que ocorre para julgar um outro homem, aceitaria ser juiz. Contudo achar juizes é necessário. O drama do direito é isto. Um drama que deveria estar presente a todos, dos juizes aos julgados no ato no qual se exalta o processo. O Crucifixo que, graças a Deus, nas cortes judiciárias pende ainda sobre a cabeça dos juizes, seria melhor se fosse colocado defronte a eles, a fim de que ali pudesse com freqüência pousar o olhar, este a exprimir a indignidade deles; e, não fosse outra, a imagem da vítima mais insigne da justiça humana. Somente a consciência da sua indignidade pode ajudar o juiz a ser menos indigno.(CARNELUTTI, 2008, pp. 37-8).

3.2 Solipsismo Judicial e o Livre Poder Decisório

Se o juiz não é um super-herói ele possui, ao menos, um super-poder. O princípio do livre convencimento motivado permite ao magistrado formar sua convicção livremente, não apenas no que tange a apreciação das provas, mas - e principalmente – no que diz respeito ao direito e justiça da solução a ser dada no caso concreto. Nesse sentido, recorro as lúcidas lições de Rui Portanova, em que se diz que a

liberdade de convencimento do juiz se faz presente para além da questão meramente probatória. Por exemplo, não se pode esquecer que o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil é coativo quando determina que o juiz, ao aplicar a lei, o faça levando em conta os fins sociais e o bem comum. Por igual, quando está a decidir sobre propriedade, de novo a lei, só que agora a Lei Maior, determina que o juiz leve em conta a função social da propriedade. Não se há de esquecer muitas outras normas em branco, bem como os casos de lacuna da lei e do direito. Pois bem, também nesses casos incide o princípio do livre convencimento. (...) O juiz é livre para basear seu convencimento, tanto naquilo que as partes fazem (ativamente) no processo, como naquilo que elas deixam de fazer. (PORTANOVA, 2001, pp. 244-5).

O princípio do livre convencimento motivado é, portanto, o responsável por permitir ao juiz, por exemplo, desconsiderar o laudo de uma perícia e sentenciar em sentido oposto ao seu resultado, desde que se faça isso com o objetivo de concretizar a justiça, sentimento que é reforçado pela sua convicção pessoal²⁵. Concordo com Pontes de Miranda ao dizer que “nunca o homem conseguiu pensar sem liberdade” (MIRANDA *apud* PORTANOVA, 2001). O problema é, devo dizer, quando o homem só pensa em si mesmo.

O solipsismo é a ideia de que a única realidade é o próprio eu e nada mais tem em si existência autônoma, ou a pode comprová-la. O mundo e os outros se tornam uma projeção da mente, pois além de nós, só existem as nossas experiências. A crença do isolamento da consciência individual em si mesma é uma característica marcante do atual Poder Judiciário, como ilustra bem o voto do Ministro Humberto Gomes de Barros, proferido em julgamento no Superior Tribunal de Justiça:

“Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. (...) **Decido, porém, conforme minha consciência.** Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que esse Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental

²⁵ É necessário, até para os entusiastas do superjuiz, cuidado. Se houvesse liberdade absoluta ao magistrado, não pode mais se falar em intérpretes da Constituição, mas em abolicionistas de todo sistema legal. A interpretação possui o pressuposto lógico de compreensão e como tal, é vinculante.

expressarmos o que somos. **Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém**".²⁶

“O direito não é (e não pode ser) aquilo que o intérprete quer que ele seja” (STRECK, 2013, p. 25). O princípio do livre convencimento motivado acaba se tornando em um instrumento que possibilita ao juiz subordinação ao nada, com a exceção do tribunal da sua própria consciência. Isso se torna uma celeuma crescente da nossa democracia, pois o resultado processual se dá meramente pelo critério psicológico do julgador. Chegamos à instituição da justiça lotérica? Talvez. Apesar disso, a liberdade decisória pautada em critérios intersubjetivos é plenamente aceita e aplicada jurisprudencialmente. Isso se percebe de maneira clara em vários julgados, como por exemplo, nos dois acórdãos transcritos abaixo:

Em face do princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, o Magistrado, no exercício de sua função judicante, não está adstrito a qualquer critério de apreciação das provas carreadas aos autos, podendo valorá-las como sua consciência indicar, uma vez que é soberano dos elementos probatórios apresentados.²⁷

Um dos enfoques definidores da prestação jurisdicional é o princípio da persuasão racional, consagrado pelo art. 131 do CPC, onde o Juiz decide a lide apreciando livremente a prova e atendendo apenas e tão-somente a sua convicção de acordo com sua consciência, expondo as razões que o levaram a tal convencimento.²⁸

A aceitação do princípio do livre convencimento motivado não é só abarcada por parte dos juízes e tribunais - doutrina e comunidade jurídica também abraçaram a ideia deste tipo de decisão interior e moral, que encontra respostas na filosofia da consciência. O que o juiz pensa sobre a lei se tornou, para a prática judicial, mais importante do que a própria lei no ordenamento jurídico brasileiro. Esse processo, além da (já combatida) mitificação do juiz, possui fortes fincas no direito natural, no qual *ius est arts boni et aequi*²⁹. É preocupante.

A decisão judicial não pode ser restrita ao adágio de “sentença como sentire”, nem se acreditar que o juiz deve fazer a ponderação dos valores a partir de seus próprios valores. É um absurdo antidemocrático que se instaurou no judiciário

²⁶ Voto do Ministro Humberto Gomes de Barros no AgRg em REsp nº 279.889/AL, julg. Em 03/04/2001, DJ 11/06/2011, STJ. Grifos nossos.

²⁷ HC 94.826/SP, julgado em 17/07/2008, DJe 05/05/2008.

²⁸ RO nº0026500-36.2007.5.01.0057 (TRT-1), julgado em 10/07/2013, DJe 17/07/2013.

²⁹ O direito é a arte do bem e do justo.

brasileiro! Afinal, como a verdade aparece? O próprio Kant dizia ser uma ousadia reivindicar a realidade em essência...

Em uma visão nietzschiana³⁰ extrema, Paulo Queiroz diz que os atos de verdade - geralmente transvestidos em atos hermenêuticos - são atos de vontade. Para o autor, por mais que se tenham motivos,

legais ou não, para condenar, condenamos por queremos condenar e porque julgamos importante fazê-lo; inversamente: por mais que tenhamos motivos, legais ou não, para absolver, absolvemos porque queremos absolver e julgamos importante fazê-lo. Em síntese: sempre que condenamos ou absolvemos, fazemo-lo porque queremos fazê-lo, de sorte que, nesse sentido, a condenação ou a absolvição não são atos de verdade, mas atos de vontade. O que é então o Direito? Sob essa perspectiva, uma multidão móvel de metáforas, metonímias e antropomorfismos; ou, ainda, o Direito são relações, interações, interpretações, decisões. (QUEIROZ, 2006).

O pensamento extremo de Queiroz (que obviamente põe em xeque-mate definitivo a atuação do Poder Judiciário em um Estado Democrático) é fruto de uma descrença em um método restritivo da liberdade decisória do juiz de julgar como quiser. Portanova também acredita que “nem a lei, nem os princípios podem, prévia e plenamente, controlar o julgador” (PORTANOVA, 2001). Sua impressão é a de que o magistrado primeiro encontra a solução em sua consciência, depois busca o ordenamento para fundamentá-la. Esse é a posição também de Fidélis dos Santos que diz, por exemplo, que

todo homem, e assim também é o juiz, é levado a dar significado e alcance universal e até transcendente àquela ordem de valores imprimida em sua consciência individual. Depois, vê tais valores nas regras jurídicas. Contudo, estas não são postas só por si. É a motivação ideológica da sentença. (DOS SANTOS, 1997).

O problema do solipsismo judicial, além de ser antidemocrático em sua essência, é que invés do caso se “assujeitar” ao juiz, o juiz que passou a “assujeitar” o caso.

Streck em *O que é isto – decido conforme minha consciência?* investiga desde quando essa aposta no solipsismo judicial foi assumida pelo Poder Judiciário e o marco encontrado são impressionantes dois séculos. Existe, portanto, toda uma cultura enraizada na defesa de que é o juiz aquele moralmente idôneo e livre para

³⁰ Não existem fenômenos jurídicos, mas só uma interpretação jurídica deles.

tomar decisões justas e refletidas no âmbito do seu pensamento. Essa aposta pode ser percebida em Chiovenda,

para quem a vontade concreta da lei é aquilo que o juiz afirma ser a vontade concreta da lei; em Carnellutti, de cuja obra se depreende que a jurisdição é “prover”, “fazer o que seja necessário”; também em Couture, para o qual (...) “o problema do juiz é, em definitivo, o problema da justiça”; em Liebman, para quem o juiz, no exercício da jurisdição, é livre de vínculos enquanto intérprete qualificado da lei. No Brasil, essa “delegação” da atribuição dos sentidos em favor do juiz atravessou o século XX, sendo que tais questões estão presentes na concepção instrumentalista do processo. (...) Bedaque reconhece “ao julgador a capacidade para, com sensibilidade e bom senso, adequar o mecanismo às especificidades da situação, que não é sempre a mesma”. Mais ainda, deve “ser reconhecido ao juiz o poder de adotar soluções não previstas pelo legislador, adaptando o processo às necessidades verificadas na situação concreta”. (...) No mesmo sentido, Cândido Rangel Dinamarco (...) que afirma que “na medida em que o próprio ordenamento jurídico ofereça [ao juiz] meios para uma interpretação sistemática satisfatória perante o seu senso de justiça, ao afastar-se das aparências verbais do texto e atender aos valores subjacentes à lei, ele estará fazendo cumprir o direito”. (...) A problemática não está restrita às fronteiras do Brasil. No direito alienígena, Alejandro Nieto faz uma profissão de fé no realismo jurídico com seu *El arbitrio judicial*, juntando os ingredientes da discricionariedade positivista com o paradigma subjetivista. Também Mauro Cappelletti rende-se aos poderes discricionários do juiz. Nem mesmo Mirreile Delmas-Mary consegue superar o paradigma representacional e suas conseqüências na teoria do direito. Ou seja, **mesmo que se afirme que a Constituição é o norte da interpretação, doutrina e jurisprudência ainda insistem na tese que o “produto” desse processo hermenêutico “deve ficar a cargo da convicção do juiz”, fenômeno que aparece sob o alibi da discricionariedade.** (STRECK, 2013a, pp. 41-7).

No âmbito da consciência, valores e princípios se tornam argumentos performativos, pois o seu uso sustenta, na mesma intensidade, teses divergentes (antitéticas). A decisão judicial não pode (ou deveria) morar em uma inatingível torre de marfim, longínqua de toda sociedade – e é lá que ela, infelizmente, atualmente está, principalmente quando se torna impossível o reconhecimento de um controle intersubjetivo do que pensam (ou como pensam) os juízes.

Depois de tanta luta e tantas batalhas travadas pela sociedade para que se garantisse a democracia, os direitos fundamentais e a cidadania; se reconhecesse os direitos humanos e se instituísse marcos civilizatórios constitucionais, pergunto-me por que é dado aos juízes (e só a eles) a nobre tarefa de solitariamente apreciar

os textos legais de maneira livre e intersubjetiva.... Por que é o Eu deles que comanda o mundo (jurídico e, portanto, social)?

Essa é uma reflexão difícil de ser feita e sua resposta, porém, é ainda mais difícil de se encontrar. Entretanto, se tem tido alento no surgimento de teorias que tentam formular a construção de racionalidades judiciais. Tem-se percebido, em especial pela comunidade jurídica, que não há mais tanto espaço para a consciência do juiz ou o seu subjetivismo que o neoconstitucionalismo deu ênfase... O sistema ampliou para os juízes sua liberdade para julgar. Agora, o mesmo sistema lhes impõe o dever de motivar suas convicções, justificando as razões que determinaram o julgamento de determinada forma. Mas será que isso é suficiente? Outra complicada pergunta que me faço...

3.3 Motivação Judicial: a Utopia Racional (Im)Possível

Antigamente era comum o juiz sentenciar sem motivar sua decisão. Esse fenômeno durou até o final do século XVII, quando o advento da Lei de Organização Judiciária de 1810, na França, tornou a motivação obrigatória. A partir daí o princípio da motivação foi recepcionado em quase todas as codificações feitas no século XIX. Curiosamente, na história do Poder Judiciário brasileiro encontram-se maus exemplos, como a Emenda Regimental nº 3 de 1975 que permitia ao Supremo Tribunal Federal a arguição de relevância em sessão secreta e com dispensa de motivação. Atualmente tais problemas persistem, por exemplo, no que diz respeito ao Tribunal não motivar decisões administrativas, principalmente no que envolve questões promocionais e de remoção. “O procedimento é justificado com sibilina e inexistente distinção entre as palavras fundamentação e motivação” (PORTANOVA, 2001). Apesar da regra constitucional contida no artigo 94, inciso IX dizer que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário devem ser motivados, a legislação infraconstitucional também permite, em determinados casos, motivações “concisas”, como é o caso do artigo 38 da Lei 9.099/95.

É pelo princípio da motivação que se acredita que a fundamentação da sentença funcionaria como um itinerário mental do que o magistrado pensou para se chegar a uma determinada conclusão. Acaba sendo, portanto, um reforço aparentemente democrático ao princípio do livre convencimento. É dito ao juiz: você é livre, desde que suporte o ônus argumentativo de sua decisão. E nesse panorama,

pode-se dizer que, realmente, “cada cabeça, uma sentença”, desde que em cada sentença esteja de maneira clara o pensar de cada cabeça.

O princípio da motivação é valorizado no campo jurídico, pois

viabiliza aferir a vinculação do juiz à prova, o conhecimento das razões com vistas a um recurso adequado, a intenção de ações rescisórias, mandado de segurança e a uniformização da jurisprudência. Já do ponto de vista mais marcadamente político, há vantagens em se poder verificar o grau de imparcialidade e o de arbítrio, a coerência e a razoabilidade do julgamento. Permite, ainda, apreciar a juridicidade do julgamento, as opções valorativas do julgador. Ademais, a motivação mostra à parte que o resultado do litígio não é fruto da sorte ou do acaso. A motivação permite o controle crítico da sentença, conhecendo-se eventual erro do juiz. (...) Não se pense que o destinatário da motivação é somente a parte. O princípio não é tão restrito. Trata-se de uma garantia para o Estado, os cidadãos, o próprio juiz e a opinião pública em geral. (PORTANOVA, 2001, pp. 248-9).

Nesse sentido, a motivação é para sociedade. Dizem que com o emprego da argumentação, se poderá verificar, racionalmente, a justeza da decisão, uma vez que a fundamentação do juiz deve buscar convencer. O juiz não está obrigado só a convencer as partes, mas também a opinião pública – uma vez que seu poder emana do povo e em seu nome o exerce. O ato sentencial se torna obrigatoriamente um discurso retórico argumentativo.

Esse caráter argumentativo faz com que a decisão judicial, para que alcance sua própria justificação (tanto para as partes quanto para a sociedade), necessite ser redigida em termos universais, a fim de que se torne uma regra generalizável e repetível para todos os casos similares. Do contrário, haveria forte mácula ao valor máximo da justiça, ainda que no seu âmbito formal.

Se reconhece um esforço, em especial o da doutrina, de se estabelecer que o princípio do livre convencimento não é sinônimo de convencimento livresco, daí a importância da motivação na seara judicial. A forma que se encontrou de limitar a arbitrariedade é realizada através de uma motivação satisfatória da discricionariedade judicial tomada pelo magistrado. A utilização da subsunção e dos critérios da norma jurídica, para as teorias argumentativas, podem ser substituídos por uma invocação de critérios racionais e, portanto, de normas lógicas. A racionalidade do discurso regulador permite que se encontre um discurso adequado às operações intelectuais, afinal todo discurso tende a ser coerente.

A busca pela racionalidade que expurga a indevida discricionariedade judicial é um anseio, porém, não há salvaguarda que a decisão final tomada pelo magistrado será legítima após o processo de argumentação. A lei se transformar freqüentemente naquilo que o juiz afirma que ela seja, é um exemplo claro para que se reconheça que o direito tem se tornado fortemente argumentativo, mas não necessariamente menos arbitrário e mais lógico. Dizer que o direito se tem tornado argumentativo

implica dizer que o seus conteúdos nunca estão completamente determinados. Alexy vê as normas como o resultado de um discurso de justificação racional que obedece a um conjunto de regras de argumetanção que garantem uma certa dose de racionalidade para essas decisões. (BUSTAMANTE, 2011, p. 141).

Barroso diz ser impossível uma completa objetividade na aplicação do direito. Por isso busca pela objetividade possível. Nesse sentido, ele enxerga que entre os extremos da pura racionalidade e da exacerbada subjetividade que possuem as decisões políticas, existe um espaço intermediário, em que a vontade “é exercida dentro de parâmetros de razoabilidade e de legitimidade, que podem ser controlados pela comunidade jurídica e pela sociedade. O que se *quer* é balizado pelo que se *pode* e o que se *deve* fazer” (BARROSO, 2011).

O controle racional da sentença se arvora na teoria da argumentação desenvolvida por Alexy. A base da teoria do filósofo alemão é na teoria da ação comunicativa de Habermas e, conseqüentemente, na virada ontológico-linguística, que se tornou uma nova promessa sobre a possibilidade da constituição do sentido. O sentido das coisas não está mais na consciência, mas na linguagem, algo que é produzido coletivamente. Ao nos relacionarmos com os objetos, é através da linguagem que o relacionamento se torna possível. Portanto, a linguagem se torna condição de possibilidade universal da racionalização do pensamento – pois temos “acesso aos objetos como eles são, mas sempre de um ponto de vista, a partir de uma clivagem, *a cadeira enquanto cadeira, a árvore enquanto árvore*” (STRECK, 2013). Nesse mesmo sentido, se desenvolve a teoria de Habermas cuja tese defende que todo discurso comunicativo é dirigido para ser compreendido, o que traz em si uma pretensão de verdade.

Essa pretensão, porém, significa coisas diferentes conforme o tipo de ato de fala; assim: 1) nos atos de fala de constatação (narrar, afirmar, explicar, prever etc.), o sujeito pretende que seu enunciado seja verdadeiro; 2) nos atos reguladores (ordenar, exigir, aconselhar, reprimir), o falante pretende que aquilo que ele ordena seja correto; e 3) nos atos de fala representativos (revelar, descobrir, ocultar, admitir), pretende-se que aquilo que se exprime seja sincero. (BOLLMANN, 2009).

As pretensões comunicativas se problematizam quando estão inseridas em um discurso pelo qual deverá trazer razões e fundamentos suficientes para que os outros interlocutores considerem as assertivas como verdadeiras. O discurso torna uma forma de imposição não coativa do melhor argumento afim que se chegue a uma situação ideal de fala. “Nesta situação, todos os falantes têm direitos iguais; porém, ela representa mais um ideal (estado a cumprir) do que um critério seguro” (Ibidem).

Os interlocutores dão seu assentimento ao discurso final, uma vez que ele é racionalmente construído. Esse é um ponto teórico importante em relação à questão prática, principalmente quando se verifica que o Poder Judiciário brasileiro atualmente encontra-se cada vez mais autocentrado.

Voltando à teoria habermasiana, o fato de os juízes estarem isolados do procedimento legislativo e da moral é por si só contraditório, ao se buscar a lei para obtenção de uma motivação moral.

Além disso, este argumento pode, no limite, gerar o paradoxo da legitimidade decorrente da mera legalidade, o que poderia minar a própria concretização do princípio do discurso, pois, se tudo que é legal é legítimo, então a lei pode alterar o seu próprio procedimento, num ato “suicida”. (Ibidem).

A sugestão dada por Habermas é a de que deve prevalecer os valores morais consensualmente aceitos sobre normas jurídicas. Porém, qual é a moral mínima de uma sociedade pluralista? Nesse sentido é

certo que vivemos num ambiente social fundamentalmente diferenciado, plural e contingente, no qual inexiste "visões éticas, religiosas ou tradicionais de mundo que possam configurar um sistema de valores compartilhados capaz de estabelecer um consenso básico entre os cidadãos. Não faz sentido pretender tratar objetivamente os valores éticos, que expressam, em verdade, relações de preferência em determinada cultura, portanto, sujeitos à variabilidade e à contingência histórica/espacial/temporal/sujeito, e, menos ainda, fazer crer existir uma hierarquia entre valores. Tomar,

pois, aleatoriamente valores, estabelecendo uma ordem objetiva de gradação entre eles, em consonância com uma pretensa e suposta natureza última da pessoa humana, é desconhecer a multiplicidade de concepções de dignidade de vida, melhor, é asfixiar a liberdade humana, a dissidência, a multiplicidade e a pluralidade desta [da liberdade] decorrente. (SOARES, 2006).

As teorias argumentativas, as quais considero inocentemente ultra-rationais, não admitem que a atuação judicial é incontestavelmente discricionária uma vez que quando se trata de valores, não se pode objetivamente fundamentar uma assertiva por se tratar de algo sujeito à várias representações, não sendo redutível à categoria dos fatos. Portanto a impregnação da ordem normativa em valores não pode ser amenizada pela teoria comunicativa, uma vez que todos os valores não são (e não podem ser) compartilhados por todos os cidadãos. Nesse sentido,

há de se reconhecer a fragilidade teórica dos postulados não-positivistas, (...) pois, a uma, a linguagem é insuficiente para traduzir de forma objetiva e unívoca as significações possíveis de conceitos abstratos que envolvem a noção de ética. A duas, não existem princípios últimos, gerais, "inerentes à natureza humana", como querem os adeptos do Direito Natural, aptos a permitir uma operação lógico formal, a ser empreendida mediante processos dedutivos, que sejam capazes de nos conduzir à "verdade" e/ou a uma "realidade" última. Por fim, a despeito de não negarmos a existência de sentimentos e valores compartilhados intersubjetivamente em determinada sociedade, os juízos éticos, tampouco, podem ser verificados empiricamente, isto é, não há uma base estável de referência que possa afirmar, ou não, a verossimilhança de tais juízos, como se dá, por exemplo, em certas hipóteses, no campo das ciências naturais. (BOLLMANN, 2009).

Ademais, soma-se a isso que a nossa sociedade é marcada eminentemente pela contraposição de interesses (a escassez – simulada ou real – gera os conflitos dos indivíduos na disputa dos bens da vida limitados) e não se compartilha de um conceito ético comum, mas em geral, os indivíduos se posicionam no campo social de uma forma adversarial. Conforme diz Bourdieu, a “aplicação necessária de uma regra de direito a um caso particular é na realidade uma confrontação de direitos antagonistas entre os quais o Tribunal deve escolher” (BORDIEU, 2010). O discurso racionalmente construído não ocorre na prática: os falantes usam seus argumentos

a fim de obter vantagem sobre o adversário³¹ e não para cumprir as condições de validade argumentativa.

A razão prática se demonstra como um campo irreduzível à previsibilidade objetiva no âmbito de tomada de decisões. O ato de julgar é um ato de vontade em que “nem Kelsen deixou em reconhecê-lo, apesar da pretensão de pureza e de estrita obediência do juiz à lei” (QUEIROZ *apud* STRECK, 2013). Kelsen admitiu que não existe obediência à lei, sendo flagrante a existência de uma política judiciária, pois a interpretação judicial, em seu próprio nível, seria sempre um ato de criação do direito a exemplo do momento legislativo. A pureza do direito não se dá no plano das normas, mas na meta-linguagem que nada mais é do que uma ciência sobre a linguagem do objeto. A interpretação, no positivismo kelseniano, é encarada como um produto de um ato de vontade (e de poder) – o que por si torna louvável o aparecimento das teorias ultra-rationais, as quais para Kelsen seriam teorias do impossível, que tentam combater a todo custo (inclusive ao custo de posicionamentos mais críticos em relação a elas) a margem discricionária que a hermenêutica jurídica parece possuir.

É um drama! Ao adotar a visão kelseniana, afirmamos que a razão prática, puramente racional, não é capaz de chegar à resposta correta e que as coisas são reduzidas aos nossos valores e às nossas concepções de mundo, ficando todos à disposição de um protagonista-intérprete. Entretanto a argumentação jurídica se torna uma esperança problemática e contraditória, pois a ponderação se transforma em uma regra de segundo grau³², o discurso não é idealmente construído, os consensos não podem ser apreendidos e decidir se distingue artificialmente do escolher.³³

³¹ BOLLMANN, 2009: “Habermas a rebate com o argumento de que o cético não pode negar que vive num mundo em que compartilha uma forma de vida sociocultural. Logo, o cético está imerso num processo de socialização que lhe transmite culturalmente estruturas comunicativas e uma esfera de eticidade. Ele não tem como saltar fora do agir comunicativo, sob pena de, agindo apenas estrategicamente, tornar-se esquizofrênico ou suicida. Esta resposta, porém, não afasta a objeção (total ou parcial) à ação comunicativa no plano do Direito (salvo se esta for compreendida como uma situação ideal), porquanto o jogo da argumentação, no caso, é orientado não para a finalidade de um entendimento consensual, mas sim para uma vitória num conflito”.

³² STRECK, 2013, p.54: “Se os casos fáceis se resolvem por subsunção, como negar que – pelo menos para esses easy cases se ainda usa o velho silogismo? Mais: na medida em que os casos difíceis de resolvem mediante ponderação – que, como é sabido, é uma regra, e não um princípio - a pergunta que fica é: a aplicação da ponderação não é uma subsunção de segundo grau? (...) Trata-se, assim, de um eterno retorno ao que se quer combater!”.

³³ Streck é um ferrenho crítico da discricionariedade jurídica. Se perfila na teoria dworkiana, da qual vê o Direito como integridade. Nesse sentido: “a decisão jurídica – não pode ser entendida como um ato em que o juiz, diante de várias possibilidades possíveis para solução de um caso concreto,

Dessa maneira, apesar da virada lingüística, se deve ser honesto e atestar³⁴ o elemento messiânico que infelizmente possui a interpretação jurídica, uma vez que do

ponto de vista orientado para o Direito positivo, não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar possa ser preferida à outra. Não há absolutamente qualquer método – capaz de ser classificado como de Direito positivo - segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como “correta” - desde que, naturalmente, se trate de várias significações possíveis: possíveis no confronto de todas as outras normas da lei ou da ordem jurídica. Apesar de todos os esforços da jurisprudência tradicional, não se conseguiu até hoje decidir o conflito entre vontade e expressão a favor de uma ou da outra, por uma forma objetivamente válida. Todos os métodos de interpretação até ao presente elaborados conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto. (KELSEN, 2006, p. 248).

A resposta do direito, portanto, sempre vai depender de um ato de vontade que não é totalmente racionalizável – havendo certa hierarquização de valores, a ordem não pode ser racionalmente determinada, ou seja, não há uma equação definitiva que possa estabelecer o que deve ser definitivamente, capitalismo ou comunismo, guerra ou paz, cooperação ou competição, etc... A resposta a cada uma dessas questões é um ato de vontade não tercerizável para a ciência do direito e não seria possível ao saber racional científico determinar a melhor decisão prático-política aos homens. Esses teriam que decidir-se.

A motivação judicial dessa maneira se torna o problema do direito natural que é

o eterno problema daquilo que está por trás do direito positivo. E quem procura uma resposta encontrará – temo – não a verdade absoluta de uma metafísica nem a justiça absoluta de um direito natural. Quem levanta esse véu sem fechar os olhos vê-se fixado pelo olhar esbugalhado da Górgona do poder. (KELSEN, 2001, p. XX).

escolhe aquela que lhe parece ser mais adequada. Com efeito, decidir não é sinônimo de escolher. Antes disso, há um contexto imaginário que impõe uma diferença quando nos colocamos diante desses dois fenômenos.” STRECK, 2013, p.107.

³⁴ Quando digo atestar, é justamente não blindar com a crença inabalável de que a argumentação jurídica será panacéia de todos os males e expulsará todo o subjetivismo presente na aplicação do direito ao caso concreto. É mais honesto atestar que a interpretação é um ato de vontade (e poder), e assim, tentar mitigar ela de outras formas, do que acreditar veementemente em uma teoria.

3.4 Um Discurso Sem Interlocutores: o Poder Judiciário Autocentrado

Dizem que o juiz tem um papel social. Óbvio. Todos nós temos papéis sociais, e não é necessário estarmos de toga para exercê-los. O que ocorre é uma confusão gerada, principalmente, por visões apaixonadas pela figura do magistrado e que ludibriam, muitas vezes, a razão de alguns autores. Afinal, o amor não age assim?

Por exemplo, José Renato Nalini (2000, pp. 154-8) diz que cabe ao juiz ser rebelde. O juiz rebelde é aquele que não se conforma com o estado das coisas e que possui em si um frescor inovador necessário à concretização da justiça. Debruça-se na idealização da personalidade carismática que o magistrado deve possuir: ser rebelde “com causa; revoltado com a justiça; teimoso em reformar o mundo; desobediente em relação a regras superadas, formalismos estéreis e preconceitos alimentados pelo arcaísmo” (NALLINI, 2000). William Batista de Oliveira, por sua vez, defende que o juiz é um sujeito de referência para toda sociedade³⁵... Já Sidinei Beneti chega ao extremo da romantização ao dizer que não se

deseja o ser humano perfeito para Juiz. (...) Um bom Juiz não será um ser perfeito, mas basta que **seja perfeito modelo de ser humano, com o feixe de virtudes a largamente ultrapassar o elenco de defeitos** e que, na atividade jurisdicional, dedique-se com afinco à busca da Justiça. (BENETI, 1997, pp, 151-2).

Não pretendo ser repetitivo, mas os desígnios desses (e de muitos outros³⁶) autores transformaram o Poder Judiciário em um poder auto-contemplativo, autocentrado e auto-referente. Convergem para esse panorama, a teoria filosófica neoconstitucionalista, o fenômeno do solipsismo judicial e o falho controle racional

³⁵ OLIVEIRA, 2009: “O Juiz não é um ser comum no seu meio social, mas sim, um sujeito de referência, que deve assumir este compromisso, zelando, em todos os sentidos, por sua imagem, seja dentro ou fora dos autos, devendo, ainda, assumir sua responsabilidade social, incentivando por meio de projetos sociais o acesso à justiça de toda a sociedade”.

³⁶ “Existe realmente um novo juiz comprometido com a justiça. Estamos recolocando a ética no mundo do direito. É a pessoa humana em primeiro plano, com a valorização dos valores éticos”, ressaltou. Finalizou afirmando que aos juízes cabe captar os valores do povo e os casos de injustiça, pois o compromisso do magistrado é com a justiça. Atualmente, no seu entender, o juiz tem o papel político e social de proteção dos direitos fundamentais e da dignidade humana. Para fechar seu discurso, deixou uma mensagem para os futuros magistrados: ‘É preciso dignificar a magistratura e vocês serão esses juízes conscientes de sua independência, de sua importância e semeadores da paz!’, concluiu.”. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Dalmo Dallari diz que os juízes modernos precisam ser independentes. Disponível em <<http://www.tjrn.jus.br/index.php/comunicacao/noticias/3490-dalmo-diz-que-juizes-modernos-precisam-ser-independentes>>. Acesso em: 15 de junho de 2014.

das decisões jurídicas. No fim, acredita-se que temos um poder mais apto para a concretização da justiça. Mas será mesmo?

O já citado voto do Ministro Humberto Gomes de Barros é apenas mais um triste exemplo que elucida a constatação de que todas as outras instâncias sociais perderam a importância no que tange o debate jurídico-social. No seu pronunciamento fica claro um movimento que geralmente se manifesta nas entrelinhas: o que importa é o posicionamento de seus pares e até a doutrina deve se amoldar aos julgados proferidos pelo tribunal. E é isso, que bizarramente, vem ocorrendo. A nova tendência doutrinária é a proliferação de livros cada vez mais sintéticos e fiéis àquilo que os tribunais produzem e dizem ser a lei. A tarefa dos doutrinadores no Brasil, em significativa parte, tem sido sintetizar a corrente mais aceita e aplicada na prática tribunalesca, não se adotando, muitas vezes, uma postura mais crítica e analítica acerca dos substratos que estão por detrás dessas decisões. Nesse caso percebe-se que o ego crescente do Poder Judiciário vai engolindo aos poucos todos os demais agentes que se atrevam a dizer como se deve construir o direito.

O egocentrismo judiciário se caracteriza pela incapacidade de enxergar o mundo de outro ponto de vista que não seja autocentrado. E nesse sentido, se torna incapaz de se sujeitar a críticas, lógicas e pontos de vista diferentes do seu. A centralização envolve a centralização da atenção em um único aspecto de uma situação, desprezando outros, por mais pertinentes que eles sejam. Essa atitude egocêntrica é característica, na psicologia, do comportamento de crianças entre a faixa etária de 4 a 6 anos (ALVES JÚNIOR, 2012) - portanto, não é incorreto afirmar que não é só a sociedade que está infantilizada, mas o próprio Poder Judiciário também está.

A construção do direito se tornou uma tarefa solitária, em que o juiz age como um déspota-herói: suas ordenações são justificadas pela perspectiva oficial e sua figura é apta a responder todas as perguntas. O juiz não é indigno – mas um perfeito modelo de ser humano. Conforme essas ideias, o judiciário vem agindo da maneira que quer, como resta demonstrado nesse acórdão proferido pelo Tribunal Superior do Trabalho, em que é dito que

a sentença é um ato de vontade do juiz como órgão do Estado. Decorre de um prévio ato de inteligência com o objetivo de solucionar

todos os pedidos, analisando as causas de pedir, se mais de uma houver. Existindo vários fundamentos (raciocínio lógico para chegar-se a uma conclusão), o juiz não está obrigado a refutar todos eles. **A sentença não é um diálogo entre o magistrado e as partes.** Adotado um fundamento lógico que solucione o binômio 'causa de pedir/pedido', inexistente omissão.³⁷

Os tribunais se tornaram as capitais do império do direito, e os juízes são seus reis. Apresentam um ponto de vida transcendental às perspectivas, representando a forma

por excelência da palavra autorizada, palavra pública, oficial, enunciada em nome de todos e perante todos. São atos mágicos que são bem sucedidos porque estão à altura de se fazerem reconhecer universalmente, portanto, de conseguir que ninguém possa recusar ou ignorar o ponto de vista, a visão, que eles impõem. O direito consagra a ordem estabelecida ao consagrar uma visão desta ordem que é uma visão do Estado, garantida pelo Estado. (BOURDIEU, 2010, p. 237).

Os profanos do campo jurídico acreditam que todo esse poder é fruto da delegação das leis. Acreditam que os juízes possuem uma técnica que permite uma melhor compreensão daquilo que o conjunto normativo pretende. E eles, os magistrados, emergem acima do povo com seus livros, seus saberes, suas técnicas, acompanhados de seus íntimos de distinção similar, “com os quais podem cultivar relações de espírito acadêmico, erudição e virtude exclusiva” (WALDRON, 2003).

Há uma alienação social no sentido que o homem desconhece o seu papel de fundador da sociedade e perde sua capacidade de instituir mudanças – pois acredita que os seus pensamentos e ações não têm nenhuma relevância. Assim passam a aceitar passivamente aquilo o que Estado lhe dirige. A expertise jurídica se torna uma instância retórica com objetivo de canalizar, mediante discursos dissimulados, valores que necessitam ser preservados. E qualquer impulso de inovação apresentado pela sociedade para reforma da lei ou concretização de direitos “esbarra em uma exigência formulada a partir da perspectiva estatal de fidelidade em relação a uma Constituição cujo conteúdo os aparelhos estatais redefinam caso a caso, com a ajuda de métodos livres” (MAUS, 2010).

O poder judiciário também está cada vez mais auto-referente, com a criação de certos tipos de fundamentação em que se basta algo como “decido conforme a

³⁷ TST – 1ª Turma – EDRR 6443/89 – Ac. 2418/90 – DJU 15/02/91. Grifo nosso.

súmula X” ou “decido conforme decidi anteriormente”. O artigo 285-A do Código de Processo Civil, por exemplo, diz que o juiz poderá, inclusive, dispensar a citação, na hipótese de que a matéria seja unicamente de direito e já tiver tramitado no juízo casos idênticos com sentença de improcedência, o que ocasionaria a reprodução do inteiro teor da decisão anteriormente prolatada. O surgimento das “demandas repetitivas” é outro exemplo, já que dizem respeito a um conjunto de ações judiciais com objeto e razão comuns de ajuizamento. Milhares de processos são resolvidos no atacado! Não se discute mais causas, agora o Poder Judiciário se limita a discutir teses... “As causas são julgadas de acordo com conceitos previamente elaborados (súmulas, repercussão geral, etc.). E as ações são julgadas por ‘pilhas” (STRECK, 2013).

O protagonismo judicial redundou, portanto, em quê? No crescimento do superego do Poder Judiciário! Ele se tornou Narciso, que como a lenda mitológica, era

famoso pela sua beleza e orgulho. (...) Indiferente aos sentimentos alheios, Narciso desprezou o amor da ninfa Eco e seu egoísmo provocou o castigo dos deuses. Ao observar o reflexo de seu rosto nas águas de uma fonte, apaixonou-se pela própria imagem e ficou a contemplá-la até consumir-se. (LIEBIG, 2012).

A postura do judiciário precisa mudar sob o risco de se desvanecer! Ele necessita ser humilde para que reconheça a sua imperfeição e indignidade como única instância social. Caso contrário, é a própria sociedade que corre o risco de se transformar na ninfa Eco e o que ecoará pelo passar do tempo não será uma bela voz nas florestas, mas os gritos de um povo desiludido que irá clamar justiça contra os seus antigos justiceiros.

Nesse preocupante panorama se torna necessário rediscutir o papel de algumas instituições – e no presente trabalho, sugiro uma reflexão dos rumos que a advocacia parece tomar – uma instância tão antiga quanto à magistratura, mas atualmente, não tão igualmente importante.

4 CORRETOR DO DIREITO: O ADVOGADO

Napoleão Bonaparte dizia ser preferível cortar a língua de um advogado a permitir que ele a usasse contra o seu governo. Benito Mussolini, durante seu governo fascista, incendiou escritórios de advocacia. Hitler, na Alemanha, negou o direito de assistência dos judeus aos seus patronos. No Brasil, João Figueiredo desejava alugar o Maracanã para prender os advogados, pois temia que mandados de segurança impedissem a implantação de seu plano econômico (COUTO, 2007). A importância da advocacia na história se tornou, dessas e de outras maneiras, incontestavelmente emblemática e a sua instituição serviu (e deve servir) ao combate dos gigantes autoritários, adversários letais de qualquer Estado Democrático de Direito.

Porém, por mais que a história demonstre o contrário, comumente os advogados são vistos pela sociedade como aqueles que só atrapalham o bom andamento da justiça. A acusação de que sejam oportunistas e corporativistas não é recente. A sociedade brasileira sempre os enxergou pelo melancólico ângulo pragmático e vil das pequenas trapaças. Na obra de Aluísio de Azevedo essa percepção fica evidente - publicado em 1887, o livro *O Coruja*, retrata a classe média oitocentista e seus problemas. Entre eles, o (problema) da advocacia – a qual o protagonista (Teobaldo) odeia:

- Ora! Qual é o papel de um advogado, qual é a sua missão? Defender os réus; muito bem! Mas, das duas uma – ou o réu não tem crime e nesse caso está defendido por si; ou o réu é um criminoso, e não menos será aquele, que, por meio da eloquência e da astúcia de seu talento, conseguir provar que ele é um inocente!
- Isso é asneira!
- Pois qual é a missão do advogado, senão empregar meios e modos para alterar a favor do seu constituinte o juízo feito pelos jurados? Qual é a missão do advogado, senão convencer a quem supõe um homem estar tão inocente como no dia em que vestiu o seu primeiro par de calças?...
- Enganas-te, acudiu o Coruja; o advogado serve para muitas outras coisas; serve para evitar que um inocente sofra a pena que não merece; serve para...
- Ora qual! interrompeu Teobaldo. O advogado quase nunca se acha convencido da inocência do seu constituinte. Defende-o, porque a sua vida é defender os réus, e para isso lança mão de todos os recursos da oratória e serve-se de todos os laços e armadilhas da retórica!
- Mas...

- Ora! se o advogado, empregando esses meios, consegue dos jurados a absolvição do réu, é um homem pernicioso, porque faz com que aqueles se pronunciem, não pelo seu juízo calmo e refletido, mas sim dominados pelos efeitos sedutores de um bom discurso; e, se o advogado não consegue vencer a opinião dos jurados, será nesse caso um fiador inútil, visto que não adianta absolutamente nada do que estava feito! (AZEVEDO, 1887).

Eliane Botelho Junqueira, aliás, ao analisar se o bacharel em direito no século XIX era um herói ou um anti-herói (JUNQUEIRA, 1997), passa por outras figuras que representam a depreciação sofrida pela advocacia, como a que muito bem simboliza o personagem Dr. Teles, do livro *Casa de Pensão*:

advogado velho, muito respeitado no foro; não pelo caráter, que o não mostrava nunca, nem pela sua ciência, que a não tinha; nem tampouco pelos cabelos brancos, que a estes nem ele próprio respeitava, invertendo-lhe a cor; mas sim pela sua proverbial sagacidade, pelas suas manhas de chicanista, pela sua terrível figura de raposa velha, pelos seus olhinhos irriquietos e matreiros, pelo seu nariz a bico de pássaro e pela sua boca sem lábios, donde a palavra saía seca e penetrante como uma bala. O passado de Teles era toda uma legenda de vitórias jurídicas; atribuíam-lhe anedotas mais antigas do que ele; muito processo se anulou naquelas unhas aduncas de tamanduá; muito criminoso escapou as penas da lei por entre as malhas de sua astúcia; muito inocente foi parar a cadeira ensarilhada nas ponta de seus sofismas. Para ele não havia causas más; em suas mãos qualquer processo se informava ao capricho dos dedos como uma bola de miolo de pão.(...) Este é o advogado acostumado com a corrupção, acostumado a comprar oficiais de justiça, tão fáceis de serem comprados!... tão ordinários!... vendiam-se por qualquer lambugem, por um relógio, por um pouco de dinheiro!...(...) Um processo era um processo! Tinha de percorrer todos os componentes, sacramentos! Não se chegava ao fim sem se passar pelos meios. (AZEVEDO, 1884 *apud* JUNQUEIRA, 1997).

A crítica social de Aluísio de Azevedo, instrumentalizada na sua literatura, desconstrói a figura do advogado como aquele herói social que busca incessantemente a justiça. A burocracia judiciária em sua pior acepção é vista como a principal aliada do patrocínio, tal qual a lei se torna mero mecanismo apto a encarecer os honorários advocatícios que se valorizam na medida em que se procrastina o processo. O heroísmo é substituído pelo oportunismo, como Aluísio demonstra na sua mais famosa obra, “O cortiço”, no qual a personagem Marciana - uma lavadeira pobre, revoltada com a atitude do seu sedutor, Domingos, desaparecido, foi

à procura do subdelegado e voltou aborrecida, porque lhe disseram que nada se poderia fazer enquanto não aparecesse o delinqüente. Mãe e filha passaram todo esse sábado na rua, numa roda-viva, da secretaria e das estações de polícia para o escritório de advogados que, um por um, lhes perguntavam de quanto dispunham para gastar com o processo, despachando-as, sem mais considerações, logo que se inteiravam da escassez de recursos de ambas as partes. (AZEVEDO, 1890).

Por essas visões, muito bem captadas pela literatura, e que hoje ainda repercutem, é que se percebe os motivos aptos que fazem com que a advocacia atualmente esteja se tornando, paulatina e desejadamente, dispensável por toda a sociedade – ou, pelo menos, por uma significativa parcela desta. É por isso que os empregados pobres estão indo para a Justiça do Trabalho sem advogado, enquanto os patrões ricos vão acompanhados de poderosas assessorias jurídicas³⁸. Ou ainda, nas causas de até 20 salários mínimos a justiça feche seus olhos aos pobres desassistidos que litigam nos Juizados, já que podem os ricos pagar a Justiça comum e ter junto à eles a presença de um defensor³⁹. Coincidência? Acredito que não. O advogado não é um super-herói, mas se torna um desagradável obstáculo: não para a justiça, como alguns querem fazer acreditar, mas, e principalmente, para aqueles que querem violentar os mais fracos ou deles se aproveitar.

A advocacia se torna indispensável para a defesa dos interesses dos cidadãos quando eles necessitam buscar a tutela do Poder Judiciário com o objetivo de que se solucione algum litígio. E é ao patrono que é dado os instrumentos capazes de modificar a vida de uma pessoa, devendo ele utilizá-los de maneira justa, correta e responsável. A advocacia é a medicina do organismo social (MARTINS, 1983), pois assim como é função do médico a preservação da vida do seu paciente, ao advogado cabe a manutenção dos direitos da sociedade, individualmente representada pela figura de seu cliente. Como disse Caio Mário, “quando o eclipse obscurece as liberdades fundamentais, é ele [o advogado], e não outro, o habilitado a manipular o instrumental regulador” (PEREIRA *apud* PORTO, 2008).

A atuação advocatícia não se restringe à esfera privada. O advogado também

³⁸ As próprias partes do litígio, independente da presença de advogados, podem postular na Justiça do Trabalho. Nesse sentido, artigos 786 e 791 da CLT.

³⁹ O princípio do jus postulandi das partes também é garantido nos juizados especiais nas causas com o limite de até 20 salários mínimos (artigo 9º da Lei nº 9.099/1995).

exerce papel fundamental na formação da sociedade quando busca a preservação do direito à liberdade de expressão, do direito à propriedade; liberdade na forma de construção das relações familiares, no modo de atuação do mercado econômico e até mesmo na atuação do Estado. (ROCHA, 2003).

Nesse sentido, (o advogado) se transforma em elemento essencial, integrante do famoso (e nobre) objetivo de concretização da justiça, atuando entre o juiz e a parte, de maneira interessada não apenas em obter uma decisão favorável para o seu assistido, mas no interesse convergente (e público) de se obter uma sentença justa. O exercício de um múnus público na advocacia é reconhecido na história “desde o Império por meio do Aviso Ministerial n. 326, de 15 de novembro de 1870, por objetivar, além da representação privada, a realização máxima da Justiça” (MELLO E SILVA, 2004). A realização desta função social dependerá, entretanto, da concretização na aplicação do direito – uma tarefa, que como tentei expor anteriormente, parece ser única e exclusiva dos magistrados na ordem jurídica brasileira.

Gosto muito da metáfora do advogado como corretor. Porque pode ser entendida⁴⁰ de duas diferentes maneiras: corretor como aquele que corrige algo que está errado (sinônimo de supervisor) ou corretor como o agente comercial que serve de intermediário entre o vendedor e o comprador. No plano de construção neoconstitucionalista, vimos que o juiz é o principal (e talvez, único) construtor. A obra que é feita pelo magistrado irá ser erguida no terreno social. Porém, dependendo dos seus alicerces, ela poderá com o tempo ruir e desabar. A função do advogado é intermediar este processo construtivo entre comprador (povo) e construtor (Judiciário). E não só isso. O ponto de vista que o corretor defende merece consideração e estima, pois a despeito de ser uma visão particularista de justiça, é uma visão que está presente na sociedade que o direito pretende regular. Dizem que antigamente o papel da Constituição era de enfeite nas prateleiras das estantes, assumindo apenas um conteúdo programático político. Mas do que adianta ter saído da estante, se a dita “Lei Maior” continua enclausurada, só que agora pelos magistrados? O que mudou substancialmente? Normas constitucionais são diariamente utilizadas de maneiras diversas e divergentes pelos tribunais, sendo delas retirados argumentos performativos que apenas irão ilustrar a sentença afim

⁴⁰ Corretor. In: DICIONÁRIO MICHELINS online de português. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portuguesportugues&palavra=corretor/>>. Acesso em: 18 de junho de 2014.

que se dê a ela um selo de pedigree diferenciado. Precisamos refletir por um momento: se a Constituição é um intento de um povo – e se é realmente deles que emana todos os poderes que um Estado que se diz Democrático de Direito possui, nada mais sensato do que escutá-los, tentar compreendê-los e conjuntamente trabalhar para construção do direito na interpretação das regras, com o escopo de que se melhore a qualidade de nossas obras.

Antigamente os advogados eram amigos do povo, uma verdadeira confraria (MELLO E SILVA, 2004). Hoje, talvez, a advocacia ganhou um sentido diferente – mas que precisa ser resgatado: ao desempenhar a defesa do ministério privado, se luta também pelos interesses públicos e coletivos. E esse embate, com a ascendência da magistratura, tem-se revelado perigoso e obstaculizado pela imposição de uma perspectiva oficial. Essa disputa é

pela liberdade, pela observância de um princípio, para o triunfo de um direito, para obstar um arbítrio, para desmascarar uma falácia. Enfim, é a batalha travada todos os dias nos corredores do foro, perante as tribunas, nas salas de audiência, no diálogo com as partes. (...) Parafraseando Ihering, "a luta é o trabalho eterno do direito. Sem luta não há direito, como sem trabalho não há propriedade". Com sobriedade o autor define a profissão do advogado na sua festejada obra como: uma constante e incansável luta, que em hipótese alguma deve esmorecer aos obstáculos colocados no caminho da Justiça. (PORTO, 2008).

4.1 Os Obstáculos de uma Advocacia Reacionária

Bourdieu diz que o campo jurídico é o palco da batalha concorrencial pelo monopólio do direito de dizer o direito. Nele encontram-se os agentes que possuem a competência de interpretar o corpo de texto que consagra a visão justa e legítima do mundo social. E é nesse texto jurídico que as lutas encontram-se presentes, pois a hermenêutica se torna uma maneira de “apropriação da força simbólica que nele se encontra em estado potencial” (BOURDIEU, 2010). Dessa forma, uma sentença judicial se diferencia de um ato de força político uma vez que se apresenta perante a sociedade como um resultado interpretativo, necessário aos textos regulatórios que são unanimemente reconhecidos por toda a comunidade. A este fato se adiciona o fenômeno da *neutralização*, em que o uso de construções passivas e impessoais dão caráter omnitemporal e geral às regras do direito, que agem como se fossem

verdadeiros valores transubjetivos que pressupõem a existência de um consenso ético firmado pelo povo.

O veredicto se torna o resultado da luta simbólica entre os profissionais dotados de competências técnicas e sociais desiguais. Para o sociólogo francês, as diferentes categorias de intérpretes autorizados se distribuem em dois pólos extremos: doutrina (construção teórica, monopólio dos professores) e jurisprudência (avaliação prática, apanágio dos magistrados). “Os construtores do direito contam com a resistência de toda corporação jurídica e, sobretudo, dos peritos judiciais (advogados, notários)” (BOURDIEU, 2010). O advogado é, portanto, reagente do sistema posto, apesar de servir a ele.

Daí resta uma pergunta: por que é tão difícil, nos dias atuais, ao advogado reagir? A melhor resposta se encontra na própria obra de Bourdieu, e em especial na parte que trata da teoria da ação, que entende que o advogado joga o jogo que lhe é dado, pois

a maior parte das ações humanas tem por base algo diferente da intenção, isto é, disposições adquiridas que fazem com que a ação possa e deva ser interpretada como orientada em direção a tal ou qual fim, sem que se possa, entretanto, dizer que ela tenha por princípio a busca consciente desse objetivo (...). O melhor exemplo de disposição é, sem dúvida, o sentido do jogo: o jogador, tendo interiorizado profundamente as regularidades de um jogo, faz o que faz no momento em que é preciso fazê-lo, sem ter a necessidade de colocar explicitamente como finalidade o que deve fazer. Ele não tem necessidade de saber conscientemente o que faz para fazê-lo, e menos ainda de se perguntar explicitamente (a não ser em algumas situações críticas) o que os outros podem fazer em resposta, como faz crer a visão do jogo de xadrez ou de bridge que alguns economistas (especialmente quando aderem à teoria dos jogos) atribuem aos agentes. (BOURDIEU, 2007).

O campo jurídico produz uma espécie própria de capital simbólico que consiste numa competência social e técnica de se dizer o direito. E quem será o dono desse capital jurídico? O Poder Judiciário autocentrado e auto-referente, é claro! Dessa maneira, a advocacia está disputando uma batalha quase que perdida inconscientemente. A fim de se ter uma decisão favorável e justa, os patronos, em geral, tem se agarrado na tábua de salvação da arte persuasiva (CASTELLO BRANCO, 2005), que vem se tornando uma espécie incerta de sacerdócio. A estratégia técnica do convencimento judicial se tornou um conjunto de regras desejáveis, já que se acredita serem elas as unicamente aptas a influenciar a

interpretação do magistrado no caso concreto. Esse panorama se torna assustador: pois não basta mais a reunião, pelo defensor, das teses e provas para que o juiz assim chegue a um veredicto justo (e de preferência, favorável). É necessário ir além – deve o advogado possuir um estilo expositivo *adequado*, que se tenha um reconhecimento virtuoso da objetividade de onde se quer chegar e o que se quer. Nesse sentido, Calamandrei aconselha ao patrono que

defenda as causas com zelo, mas sem exagerar. Se escreve demais, ele não lê; se você fala demais, ele não ouve; se você é obscuro, ele não tem tempo para tentar compreendê-lo. Para ganhar a causa, é necessário empregar argumentos medianos e simples, que oferecem ao juiz o fácil caminho da menor resistência. (CALAMANDREI, 2000).

Vale lembrar que o autor italiano escreveu tais conselhos no século passado! Porém tal recomendação não pode ser mais contemporânea do que já é, uma vez que capta muito bem o triste cenário que se tem tornado a advocacia no Brasil. Exemplos dessa minha afirmação? Vários. “A República não pertence a Vossa Excelência e nem a sua grei” disse o presidente do STF para um patrono defenestrado do plenário (CALGARO, 2014). Ou o caso do defensor que escreveu uma receita de pamonha na sua petição para provar que o juiz não lê os autos.⁴¹ Ou ainda pode-se lembrar da esdrúxula situação em que um juiz do Rio Grande do Norte pediu para que um advogado refizesse sua petição, por ela estar muito grande (BEZERRA, 2014). A Lei Federal nº 8.906/94 estabelece no seu artigo 6º que não há hierarquia nem subordinação entre advogados e magistrados. Mas no panorama neoconstitucionalista, o que tem se tornado a lei? Bom, não se precisa dizer mais (nada)...

Muitos desses absurdos têm ocorrido por um motivo específico: o monopólio do capital jurídico⁴². O Poder Judiciário julga os argumentos trazidos a ele, com critérios próprios, no fenômeno característico do solipsismo judicial. O seu posicionamento egocêntrico é caracteristicamente presente quando diz estar atuando na defesa da Constituição (que pode abarcar tudo) ou operando a extração do espírito da lei em uma espécie de percepção do ânimo social. Juízes se tornaram

⁴¹ Disponível em: <<http://www.naoentendodireito.com/2014/05/advogado-escreve-receita-de-pamonha-na.html>>. Acesso em: 07 de junho de 2014.

⁴² Obviamente que não se pode esquecer de outros fatores que envolvem a obtenção de capital jurídico no campo. Influência e prestígio, obviamente, são fatores extrajurídicos extremamente relevantes que induzem uma distribuição desigual da atenção do Poder Judiciário. A complexidade do tema, entretanto, requer a confecção de outro trabalho.

os banqueiros-morais do mundo jurídico: avaliam o que está certo e errado, segregam determinadas doutrinas e teses (apenas algumas é que curiosamente valem ou importam), e ditam o que deve ser e existir no direito e, portanto, na sociedade. O que se faz para sanar esse fenômeno? Importa-se acriticamente uma teoria argumentativa ultra-racional (e que não é terceirizável para a ciência do direito)! Nesse compasso desenfreado que a filosofia neoconstitucionalista adotou no Brasil, os desembargadores e juízes erram e acertam substancialmente, em uma espécie de pandora moderna que se tornou a decisão judicial, mas, independente disso, na grande maioria dos casos, ignoram o processo como instrumento de interlocução e o caráter democrático que o Estado deve(ria) possuir... O desenho institucional atual do judiciário, inclusive, permite a repetição interminável do que deve ser feito, de qual procedimento é o adequado e qual é o caminho, por hora, correto para obtenção de uma determinada medida. Até, um dia, mudarem de ideia. E a mudança pode vir em qualquer processo! Isso acaba tornando a lei irrelevante, já o que importa são as (inconstantes) decisões judiciais – e que muitas vezes, infelizmente, não significam muita coisa. Porém, o próprio Poder Judiciário é hábil em escapar das suas responsabilidades: quando contestado, logo se afasta de seu encargo político, deslocando, sempre, a falha para a lei ou para a coitada da justiça (que nesse passo não é só cega, como torna-se louca e bipolar). O limite que não mais existe atualmente entre o judiciário e a política acaba sendo lembrando pertinentemente, quando alguma decisão desagrada o povo ou a opinião pública de maneira significativa – e é aí que a autonomia de cada poder volta a ser imperativa e deve ser respeitada, assim sendo, prerrogativas da função judicial são convenientemente lembradas. O advogado, infelizmente, para obter o capital jurídico precisa referenciar o comportamento do judiciário: seja reproduzindo o que já foi dito, rezando aos deuses(-juízes, é claro) para que aquilo que foi posto um dia continue possuindo valor intrínseco no campo, e referenciando os mestres, pois como aconselha (novamente) Calamandrei,

é também uma regra de bons modos forenses, a qual adverte que, se **quiser ganhar a causa**, o advogado não deve tomar ares de ensinar ao juiz aquele direito, em que a boa educação impõe considerá-los mestres. (CALAMANDREI, 2000, grifos nossos).

Insistindo no problema da interlocução entre magistrado e patrono: se é dever do último influenciar, debater, argumentar e provar – como ele irá fazer isso perante

ao seu mestre? Complicado. Alguns acreditam que o juiz é uma espécie de alpinista, e este, ao procurar a “verdade”, a alcança mais facilmente se escalar de dois lados, pois a parcialidade de um advogado é o impulso que gera o contra-impulso do adversário, e que, através de uma série de oscilações quase pendulares de um extremo a outro, permite ao magistrado apreender, no ponto de equilíbrio, o justo. O “justo”. Se deve ter muito cuidado com esse nobre objetivo que é a obtenção da justiça. Não é à toa que essa ideia é invocada trinta e sete vezes por Hitler no Mein Kampf. De outro modo, salienta-se que a virada kantiana já reconheceu que o juiz não é nenhuma lousa branca. Não é um robô. E se deixar, pode-se retroceder aqui a uma discussão secular... A percepção já estabelecida é a de que o juiz não está no centro, imparcialmente e inanimado, do processo... E como lembra Bourdieu, há uma luta para se dizer o direito! Não nos esqueçamos dela.

Fortalecendo o fenômeno do “superego”, tem-se outro (e absurdo) conselho de como se jogar o jogo judicial: devem eles, os advogados, sugerirem de maneira discreta aos juízes os argumentos que lhes dêem razão, de maneira que estes últimos fiquem convencidos de os terem encontrado por conta própria. Realmente, se a capital do direito são os tribunais, e os juízes se tornaram seus reis, o advogado, quando muito, integra algum conselho consultivo dessa corte.

Porém, pode-se ainda alegar que “mas ora, se pode recorrer”. Realmente! Esquecendo-se de todos os óbices que o judiciário coloca para o exercício do direito recursal (depósitos, recolhimento de custas, distância dos tribunais e etc.) – se deve contentar-se com a decisão lotérica de primeiro grau, e já pensar nas instâncias superiores, contando com a ajuda da sorte para que o processo não seja julgado monocraticamente pelo relator, uma vez que essa é uma nova tendência do neoprocessualismo. Diz o ditado popular que várias cabeças pensam melhor que uma, não é mesmo? Obviamente que está se falando aqui das cabeças iluminadas dos magistrados, que possuem em si as lições mais valorosas e intangíveis de direito... Pois unir a cabeça do juiz à do povo profano, só pode, do ponto de vista da egolatria judicial, resultar em um Cérbero infernal e indesejável. De qualquer maneira, ao se subir de instância, se recaí aos mesmos problemas já apontados...

Quais são os rumos que a advocacia irá tomar? Alguns sugerem, por exemplo, fazer com que a advocacia se dedique a estudar o comportamento dos *the swing justices* (SCHWARTSMAN, 2013). Neste caso - de desembargadores e ministros que variam na sua vinculação ideológica - acredita-se que nos tribunais,

como na sociedade, as opiniões costumam ser equilibradas. Formam-se sempre dois grupos, que ao votar, se anulam, abrindo espaço para os irremediavelmente moderados (o que os norte-americanos denominam justamente de *the swing justices*). Assim todos os advogados lançariam mão de métodos estatísticos afim de se classificar a posição dos juízes em um espectro legal e político. A teoria do direito que deveria ser para oferecer aos juristas um painel criteriológico para que se preserve a autonomia do direito, sucumbe ao solipsismo. Para que o advogado obtenha sucesso no campo jurídico só lhe resta isso: estudar a cabeça dos juízes. Não é à toa que muitos, antes de pegar a causa, já repetem a frase de Ivo Cassol: de cabeça de juiz e bunda de neném, ninguém sabe o que vem. Nessa nova empreitada, advogados brasileiros já podem começar a mirar em exemplos norte-americanos, como a recente publicação do jornal New York Times, em que se constatou que os juízes que possuem filhas decidem com mais freqüência a favor dos direitos das mulheres (LIPTAK, 2014)⁴³.

A grande ironia é que justamente na terra do Common Law é que Dworkin disse que “não importa o que os juízes pensam”, o que importa é que eles possuam responsabilidade política (STRECK, 2014b). Como sempre, importamos conceitos, teorias e ideias – e esquecemos-nos de suas raízes e motivos. O Estado brasileiro vem se tornando o Estado aparentemente democrático da jurisprudência.

Uma atuação irrefletida da doutrina e reverberada pela jurisprudência gera a sucumbência à vontade do poder – um lugar onde a lei vale tudo, mas quando não mais se interessa por ela, nada significa. O advogado se depara em um cenário onde é tudo relativo. Resta a ele só uma convicção niilista (desvalorização do sentido e finalidade) do direito e da justiça. Conforme algumas vezes repetido, há uma disputa para se dizer o direito. E se o juiz pode tudo, o que pode ele? Suplicar?⁴⁴

4.2 Uma Questão de Justiça e de Sua Administração

O artigo 133 da Constituição Federal brasileira consagrou o princípio da indispensabilidade do advogado – não por motivos corporativos ou de reserva do

⁴³ Uma pesquisa empírica como essa, sofre problemas de análise subjetiva dos resultados. v. STRECK, 2014b.

⁴⁴ Suplicante é expressão superada, incabível no Direito brasileiro. A expressão deriva da Casa da Suplicação, tribunal português. Entretanto, alguns advogados ainda a utilizam para designar o autor de uma ação litigiosa.

mercado profissional, como muito se diz, mas pelo reconhecimento de que a advocacia exerce relevante função pública, de inestimável interesse social. Durante um litígio, o Poder Judiciário supõe haver paridade de armas entre as partes, justamente por elas estarem representadas na defesa de seus interesses por profissionais com idênticas habilitações e suposta capacidade técnica. Mesmo no caso de insuficiência de rendimentos pessoais, ao Estado cabe a tarefa de prestar a assistência jurídica de maneira integral, realizada pelos defensores públicos (artigo 134 da CF/88).

A textualidade da norma constitucional 133 diz que o advogado é figura indispensável à administração da justiça. Mas afinal, o que se extrai disso? Segundo o dicionário Michaelis,⁴⁵ administrar a justiça é aplicar as leis, exercer o poder judiciário. Logo, diante do texto da Lei Maior e a sua literalidade extraída de um léxico, pode-se concluir que o que a Constituição estabelece é que o advogado é a condição indispensável ao exercício do poder judiciário, e este, por sua vez, se torna o responsável pela concretização da justiça. Dallari também acredita que a atuação advocatícia serve à prestação jurisdicional,

abrangendo desde a aquisição, manutenção, acompanhamento e controle dos bens materiais e dos serviços burocráticos correlatos até a própria tramitação física de papéis, publicações, certidões, intimações e autos de processos, excluídas, é evidente, as questões regidas ou disciplinadas pela legislação processual. Não há voz discordante no tocante ao fato de que a administração da Justiça tem deixado muito a desejar, para dizer o mínimo. (DALLARI, 2005).

Porém, outra leitura pode (e deve ser) feita. A prestação jurisdicional não é um fim, mas um meio. É um caminho apto a concretizar a justiça, uma estrada que para ser percorrida a Constituição adverte sobre a necessidade da presença de um advogado. Atualmente, infelizmente, para a obtenção do justo, se está se desconsiderando parte do ingrediente necessário para se tentar alcançá-lo. A advocacia tem perdido lugar pois como explica Aristóteles,

a finalidade da medicina é a saúde; a da economia doméstica, a riqueza. Em casos nos quais várias dessas artes estão subordinadas a alguma capacidade única – tal como a confecção de rédeas e as demais artes relativas ao equipamento dos cavalos estão

⁴⁵ Administrar. In: DICIONÁRIO MICHELINS online de português. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portuguesportugues&palavra=administrar/>>. Acesso em: 20 de junho de 2014.

subordinados à equitação, e esta e todo outro empreendimento bélico à estratégia e, de maneira análoga, outras artes se subordinam ainda a outras artes – em todos esses casos digo que as finalidades das artes principais são mais desejáveis do que as finalidades das artes que lhes são subordinadas, uma vez que estas últimas finalidades somente são visadas em função das primeiras. (ARISTÓTELES, 2009).

E afinal, o que é a justiça? Para Kelsen, a justiça é um eterno desejo humano pela felicidade. Como, para o autor, a felicidade individual é apenas a percepção de um único homem em único momento (o que geraria, indubitavelmente, conflitos), não se poderia falar em uma única ordem justa. A felicidade que se deve considerar é aquela compartilhada socialmente – e o seu único problema é de que maneira priorizá-la. Recai-se no mesmo problema da discricionariedade do julgamento, em que o dilema da “concretização da justiça” não pode ser solucionado de maneira puramente racional.

A teoria kelseniana aponta que um sistema positivo de valores não é uma invenção arbitrária de um indivíduo isolado, mas o resultado da mútua influência que as pessoas exercem uma sobre as outras em um determinado grupo. Uma ordem justa não é algo que possa ser feito de maneira racional, entretanto, o que pode, e deve ser feito, é a manutenção de um sistema apto a resolver os conflitos perante uma cognição racional e terceirizável. A ordem jurídica seria, dessa maneira, duradoura, pois proporcionaria uma solução de interesses contrapostos sem satisfazer os interesses de um grupo em detrimento dos de outro.

O bem, para Aristóteles, é a finalidade de todas as coisas, devendo este ser o bem mais excelente e o mais importante para a conduta da vida humana. Como todas as ações de conhecimento e intenção são dirigidas para a consecução de um bem, a ciência política se torna a ciência maior, que subordinando todas as outras, já que é nela que se tem como objeto o estudo da medida do nobre e do justo. O injusto se diferencia do justo, na medida em que existem dois tipos de justiça: uma virtude particular (realizar a igualdade) e uma virtude universal (observar a lei). A justiça é uma virtude que só pode ser obtida ao ser praticada em relação ao outro, com a finalidade de se chegar a um bem comum, sendo necessário observar a lei, ou realizar a igualdade - de ambas as maneiras estaríamos concretizando a felicidade social.

A justiça é irracional, no sentido de ser irreduzível à objetividade, Kelsen já dizia. O que dela se resulta é uma busca incansável pela felicidade da sociedade – uma procura tão intensa quanto desesperada, realizada, inclusive, pelo texto constitucional brasileiro. É essa mesma Constituição que coloca, não coincidentemente, o advogado como uma “engrenagem da máquina social para manter a ordem social” (PAULA JUNIOR, 2011). E desta forma, realmente, a felicidade aristotélica pode ser difícil de alcançar, mas não se pode utilizar o anseio de “felicidade da pólis” para se ir contra ela, pois

o advogado é mensageiro e representante jurídico da vontade dos cidadãos. Em atividade judicial, representa, funciona como intermediário de uma pretensão diante das instituições às quais se dirige ou perante as quais postula; em atividade extrajudicial, aconselha e assessora, previne. De fato, o advogado presta serviços particulares, se engaja na causa à qual se vinculou, porém age sob o cone de luz da legislação, velando pelo cumprimento da legalidade e fazendo-se desta fiel servidor. Mas o advogado não é um ardoroso defensor da letra da lei, pois quando esta divide, confunde, prejudica, ele busca na justiça a escora para sua atuação profissional. (BITTAR, 2007).

Paulo Lobo diz que na ordem jurídica brasileira são três as figuras indispensáveis para à administração da justiça: o promotor, que fiscaliza a aplicação da lei; o juiz, que julga; e o advogado, que postula. Metaforicamente pode se afirmar que “o juiz simboliza o Estado, o promotor, a lei, e o advogado, o povo” (LOBO, 2007). E nesse sentido, compartilho a crença na diversidade de Waldron, não só no Poder Legislativo, mas também no Poder Judiciário, pela via da advocacia. Pois

mesmo entre aqueles que acreditam na unidade da virtude, mesmo entre os que louvam a singularidade e a objetividade da lei natural, mesmo entre os que concentram nossa atenção na solidão inspiradora de reverência do pensamento moral, há filósofos que consideram seriamente a pluralidade da nossa política, que enxergam haver algo a favor do direito no fato de existirem muitos de nós e de discordarmos mutuamente, e que crêem ser um erro tentar representar essa multiplicidade em uma (...) única mente solene e iluminada. (WALDRON, 2003, pp. 111-2).

4.3 Uma Esperança na Democracia

Quando o conceito de justiça parece fungível e quando o Poder Judiciário assume solitariamente a tarefa de fazer “andar a história”⁴⁶, o que resta é uma esperança na força revitalizadora da democracia. No Estado atual seu principal objetivo se torna a consideração da participação popular como instrumento de justificação do papel que o direito exerce como mecanismo de controle social e garantidor das liberdades individuais.

O espírito democrático atualmente, entretanto, não consegue se impor no plano de como o direito é construído. Para Habermas (WANDERLEY, 2007), o processo democrático precisa assegurar simultaneamente a autonomia privada e pública. E nesse sentido, só se pode preservar a liberdade privada dos cidadãos como iguais em direitos quando isso ocorre em paralelo com sua autossuficiência civil no âmbito estatal. A Constituição vai se moldando como um projeto capaz de formar tradições com um início marcado na história – e que delega às gerações futuras a tarefa de atualizar a sua substância normativa, fazendo com que a carta magna se torne dinâmica, gerando um processo autocorretor. A teoria habermasiana acredita que é essa continuidade que faz com que grupos anteriormente excluídos sejam posteriormente incluídos, melhorando dessa forma os pressupostos básicos de legitimidade dos processos democráticos já existentes. Resumindo: só a democracia, quando o Judiciário escuta.

Esse projeto também pode ser, infelizmente, considerado utópico. De qualquer maneira, não se pode perder de vista que atualmente vivemos em um Estado Constitucional Cooperativo (MENDES; BRANCO, 2012), em que o Estado não está mais voltado para si mesmo no âmbito internacional, e nem pode assim permanecer na seara doméstica.

Admitir a permeabilidade de uma Constituição é o que capacita a ela ser duradoura e coerente com a vontade popular e com os desdobramentos culturais de uma nação. Peter Häberle, diante da crise democrática enfrentada pela Alemanha na década de 70, apresentou uma teoria dinâmica na qual não apenas os intérpretes oficiais participariam da hermenêutica do corpo constitucional, mas percebeu que há um vasto número de intérpretes da Constituição. É o que ele chamou de sociedade aberta de intérpretes,

⁴⁶ Barroso disse em entrevista ao jornal Folha de São Paulo que “*para fazer andar a história, não precisa estar com o povo gritando atrás. É preciso interpretar e fazê-la andar. De modo que isso foi o que disse no meu voto. Está ruim, não está funcionando, nós temos que empurrar a história. Está emperrado, nós temos que empurrar*”. RODRIGUES, 2013.

em oposição àquela sociedade fechada, na qual os únicos intérpretes legitimados seriam os juízes e os tribunais constitucionais. Ou seja, trata-se de pluralizar a participação em todas as fases por que passa a lei, pois a sociedade aberta deve guiar não apenas a interpretação constitucional feita posteriormente à produção da norma, mas também deve servir de farol para a orientação do legislador. (SOARES NETO; RIHAN; NASCIMENTO; SANTOS JUNIOR, 2012).

Quem vive a norma também a compreende, portanto o juiz não a interpreta de forma isolada, como atualmente se faz querer parecer ser... Existem muitos outros participantes neste processo interpretativo, o que faz com que essa esfera pluralista acabe gerando uma força normatizadora inegável. A independência do Poder Judiciário só se torna tolerável, segundo Häberle, porque são justamente essas outras esferas (públicas e/ou estatais) que fornecem material para a lei. É a consagração da Constituição enquanto processo público e social.

O ponto falho de tal posicionamento, acredito, é defender que “a Corte Constitucional haverá de interpretar a Constituição em correspondência com a atualização pública” (HABERLE, 2009). Nessa linha de raciocínio, corre-se o sério risco de se retomar o já tão debatido problema do solipsismo e egolatria judicial. Aceitar isso é igual a se acreditar no princípio da verdade real, em que se confia na capacidade do juiz de captar as sensações exsurgentes dos testemunhos e dos gestos e comportamentos das partes. A construção do direito deve, volto a frisar, ser coletiva; e o judiciário não deve escalar a justiça por uma via de dois lados (entre impulso e contra-impulso do advogado), mas por uma via de três, quatro ou múltiplos lados. A interpretação deve ser vista como uma atividade coletiva e generosa, como uma autêntica expressão social, e não só judicial.

E o que é a sociedade? Para Durkheim, um conjunto de normas e regras que não existem na consciência individual, mas estão presentes nas instituições que são responsáveis por imbuir os indivíduos em tais valores. Para Weber, relações sociais estabelecidas entre os indivíduos, que ao se orientarem de outra forma e atribuírem outros sentidos às suas ações, todas as antigas instituições desmoronam. Porém, se percebe que em ambas as concepções um elemento é comum, qual seja, a presença de pessoas, a presença do povo.

O povo não perdeu só seus referenciais. Perdeu algo mais grave: sua auto-imagem. Não se enxerga mais como fundador do Estado. E muito menos como

elemento essencial à ele. A Constituição vai perdendo sentido, ao passo que modificá-la é difícil. E o pior é dialogar com ela. Juízes, no alto de suas tribunas dizem: o nosso poder do povo veio, e ao povo deve servir. Restam a eles, magistrados, somente a difícil tarefa de enxergar seus legítimos representantes.

Democracia não é e não pode mais ser vista como mais um argumento performativo. Democracia é participação, ou pelo menos, a sua oportunidade. O advogado é (mais) uma chance de se fazer com que o povo seja ouvido – como o é também nas urnas. Apesar, de que ultimamente, nem nas últimas o povo tem sido levado em consideração⁴⁷.

A advocacia não é só o direito de postular. Não é só a oportunidade de produzir uma prova. Muito menos se resume na tarefa de argumentar.⁴⁸ A advocacia é uma possibilidade democrática que tem sido vilipendiada. A cada julgamento de demanda de massa. A cada momento que se cita princípios que fazem o mundo ser aquilo que o juiz acha que é. A cada vez que o advogado está lá, no fórum, cumprindo apenas um papel e não tendo um papel a cumprir. Infelizmente.

⁴⁷ O Supremo recomendou ao Congresso Nacional a edição de um novo marco normativo de financiamento de campanhas, dentro do prazo razoável de 24 meses, observados alguns parâmetros “*Faltou apenas acrescentar: tudo sob pena de chicoteamento...*” v. STRECK, 2014a.

⁴⁸ Apesar de inegavelmente a persuasão argumentativa ser relevante em parte da atividade judiciária, principalmente naquela em que os juízes não dominaram totalmente, como é o caso excepcional do Tribunal do Júri.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O drama do judiciário é a eterna contemplação das tristezas humanas. É debaixo da ponte chamada Justiça que passam todas as dores, todo o sofrimento, toda a miséria, toda a idiosincrasia, todos os desentendimentos, todas as aberrações, todos os interesses sociais e toda a política. Cabe ao juiz a árdua tarefa de reviver cada um desses sentimentos afim que ele possa, dessa maneira, compreendê-los: experimentar a posição daquele que rouba para a fome matar, daquele que aborta para preservar sua vida e daquele que invade por não ter outro lugar para morar. É o dilema de ter que “ser sucessivamente (e, algumas vezes, ao mesmo tempo) inquilino e locador, meeiro e proprietário de terras, operário em greve e industrial” (CALAMANDREI, 2000).

Que cruel e sádico o direito é! Ou pode ser. Onde passa, atrás de si, deixa o inconfundível rastro da injustiça. Que está em todo lugar. Reflexo do mundo? Talvez. Nesse sentido, somos todos vítimas. E os juízes, logo digo, as principais. Estão eles diante de uma estrutura em que ou se faz no prazo, ou se faz bem feito (correndo aqui, o risco de sofrer punições disciplinares). Juízes não são super-heróis, mas tampouco vilões. Eles não possuem prazer em dar decisões superficiais, assinar despachos que os estagiários fazem ou não dar a atenção necessária que cada processo merece. Não é à toa que se tem falado de saúde mental da magistratura. Estresse, depressão e doenças se tornaram comuns (BERNADINETTI, 2014). E a culpa é de quem? É complicado atribuí-la a alguém.

Juízes e advogados não são antagonistas. Devem juntos trabalhar, cooperar. Mas porque, então, os juízes continuam insinuando que uma boa petição inicial deve ser pequena e objetiva? A exaltação de figuras como o Dr. Aristeu⁴⁹ destaca um problema muito mais profundo e grave que a aparente morosidade do Poder Judiciário: um dilema entre direito, democracia e justiça, que tentei nas páginas anteriores demonstrar.

⁴⁹ BERNADINETTI, 2014: “Advogado veterano com mais de cinquenta anos de experiência. A mais extensa de suas petições que vi tinha três laudas. O normal era ter apenas uma. Duas, se a causa fosse complexa. Dr. Aristeu tinha confiança em seu trabalho, na capacidade do juiz e no direito da parte. Simplesmente expunha os fatos, com as explicações estritamente necessárias, e fazia o pedido. O resultado? Seus processos acabavam passando na frente, dada a facilidade e simplicidade de exame. E acho que nunca julguei im procedente um pedido dele. Era sempre tão claro, simples e direto que era até difícil de discordar”.

A justiça é uma consideração treteira e recôndita que guia o Poder Judiciário. Mas eu acredito nela. E talvez esse seja meu maior pecado e minha maior contradição. Pois para mim, a justiça possível é a compreensão. Compreensão entre as pessoas, entre os interesses opostos, entre a acusação e defesa, entre as raízes do passado e a esperança no futuro. Se o juiz compreendesse tudo, não poderia mais julgar⁵⁰. Talvez assim, com freqüência, realmente, não aplicaria a lei que conserva as injustiças consagradas nos códigos, mas teria um poder livre decisório. É uma pena que em tempos de neoconstitucionalismo, os nossos juízes sejam outros, humanamente feitos de carne e osso.

O juiz é homem. E como todo homem, precisa de alguém. Pois é animal político e só se realiza no âmbito da sociedade. O seu diferencial não está no fato de se unir aos demais para satisfação de seus desejos imediatos. Para dar vazão às suas potencialidades o homem tem que ir além. E só ao observar a sociedade é que o juiz consegue se orientar, ainda que de forma deficiente, da conduta moral mediada por leis estabelecidas e por hábitos racionais e experiências vividas. O homem é uma potencialidade pronta para receber e experimentar ensinamentos e vivências. Daí porque tanto defendo a presença do advogado no Judiciário. Pois é advocacia, atualmente, que tem o papel de oxigenar esse poder, permitindo a este, a consecução da potencialidade da justiça humana, que por mais que seja falha, é socialmente balizada e, portanto mais democrática e menos arbitrária. Se o juiz não é a boca da lei, muito menos pode se tornar o dono dela.

Têmis, a deusa grega guardiã dos juramentos dos homens e da lei, é comumente representada no nosso judiciário com os olhos vendados. Esse simbolismo serve para dizer que todos os seres humanos valem a mesma coisa: ao se colocar lado a lado dois recém-nascidos, ninguém poderá dizer que um vale mais que o outro. Essa imagem deveria ser pensada. Pois é isso que defendo: uma justiça mais cega e menos surda. Afinal, todos nós somos iguais. Advogados inclusos.

⁵⁰ Calamandrei diz que “tout comprendre c'est tout pardonner”, ou seja, para compreender tudo é necessário se esquecer de tudo.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Frederico. **A nobreza togada: as elites jurídicas e a nobreza da justiça no Brasil**. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2010.

ALVES JÚNIOR, Weber. **Psicologia aplicada à educação**. Disponível em <http://famanet.br/pdf/cursos/semipre/psicologia_educacao_md4_weber.pdf>. Acesso em: 15 de junho de 2014.

AMADO, Juan Antonio García. Sobre a idéia de pretensão de correção do direito em Robert Alexy: considerações críticas. *In: Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte: UFMG, 2012.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Edipro, 2009.

ASSENI, Felipe Dutra. Algo está mudando no horizonte do direito? Pós-positivismo e judicialização da política e das relações sociais. *In* FELLET, André Luiz Fernandes, DE PAULA, Daniel Giotti, NOVELINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Jus Podivm, 2011.

AZEVEDO, Aluizio. **O cortiço**. Disponível em: <<http://stat.correioweb.com.br/arquivos/educacao/arquivos/AlusioAzevedo-OCortio0.pdf>>. Acesso em: 18 de junho de 2014.

_____. **O coruja**. Disponível em: <<http://www.ocoruja.com/who/livro-o-coruja.pdf>>. Acesso em: 02 de junho de 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090130-01.pdf>. Acesso em: 24 de maio de 2014.

BENETI, Sidinei. **Da conduta do juiz**. São Paulo: Saraiva, 1997.

BERNARDINETTI, Sergio. **Diário de um juiz - petições e pamonhas**. Disponível em <<http://www.naoentendodireito.com/2014/06/diario-de-um-juiz-peticoes-e-pamonhas.html>>. Acesso em: 03 de julho de 2014.

BEZERRA, Elton. **Juiz do Rio Grande do Norte manda advogado refazer petição de 49 páginas**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-abr-06/juiz-rio-grande-norte-manda-advogado-refazer-peticao-49-paginas>>. Acesso em: 07 de junho de 2014.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de Ética Jurídica: Ética Geral e Profissional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOLLMANN, Villian. Desatando os nós do neoconstitucionalismo brasileiro. *In: Sequência: estudos jurídicos e políticos*. Florianópolis: UFSC, 2009.

BOURDIEU, Pierre. A força do direito – elementos para uma sociologia do campo jurídico. *In: O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.

_____. **Razões práticas**: sobre a teoria da ação. Campinas: Papirus, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 21 de maio de 2014.

_____. **Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm>. Acesso em: 07 de junho de 2014.

_____. **Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 14 de junho de 2014.

_____. **Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9909.htm>. Acesso em: 14 de junho de 2014.

BRISOLLA, Fabio. **Umbanda e Candomblé não são religiões, diz juiz federal**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/05/1455758-umbanda-e-candomble-nao-sao-religioes-diz-juiz-federal.shtml>>. Acesso em: 10 de junho de 2014.

BUSTAMANTE, Thomas. Conflitos normativos e decisões contra legem: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas. *In* FELLET, André Luiz Fernandes, DE PAULA, Daniel Giotti, NOVELINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Jus Podivm, 2011.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os Juízes, vistos por um advogado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CALGARO, Fernanda. **Advogado do Genoio é expulso do plenário do STF por Barbosa**. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2014/06/11/advogado-de-genoio-e-expulso-do-plenario-do-stf-por-barbosa.htm>>. Acesso em: 11 de junho de 2014.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Campinas: Russel, 2008.

CASTELLO BRANCO, Elcir. **A arte de convencer e o dever de atribuir**. Disponível em:

<http://www.saadcastellobranco.com.br/site/cidadania/junho/imprimir_arte_de_convencer_e_o_dever_de_atribuir.htm>. Acesso em: 19 de junho de 2014.

CHAGAS, Isabela Pessanha. **Breves reflexões sobre o instituto da guarda**. Família do século XXI. Rio de Janeiro: EMERJ, 2011.

COUTO, Sérgio. **O advogado é necessário**. Disponível em: <<http://www.profpito.com/oadvnecessa.html>>. Acesso em: 17 de junho de 2014.

CUNHA, Luciana Gross; BUENO, Rodrigo de Losso da Silveira; OLIVEIRA, Fabiana Luci de; SAMPAIO, Joelson de Oliveira; RAMOS, Luciana de Oliveira; MACEDO, Gabriel Hideo Sakai de. **Relatório ICJ Brasil - 2º trimestre / 2013**. São Paulo: FGV, 2014.

DALLARI, Adilson Abreu. **Controle compartilhado da administração da Justiça**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_73/artigos/Adilson_rev73.htm>. Acesso em: 02 de junho de 2011.

DIDIER, Fredie. **Peculiaridade na tradição jurídica brasileira**: o art. 386 do Decreto nº 848/1890. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_23869022_PECULIARIDADE_DA_TRADICAO_JURIDICA_BRASILEIRA_O_ART_386_DO_DECRETO_N_848_1890.aspx>. Acesso em: 04 de junho de 2014.

DIMOULIS, Dimitri. A relevância prática do positivismo jurídico. In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos n.102**. Belo Horizonte: UFMG, 2011.

DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (orgs.). **Teoria do direito neoconstitucional**: superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Método, 2008.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**. São Paulo: Landy, 2006.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia. **Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho**. Madrid: Civitas, 1984.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (org.), **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. La teoría de derechos em tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioanis. **Julgar nos Estados Unidos e na França: Cultura Jurídica Francesa e Common Law em uma Perspectiva Comparada**. Rio de Janeiro: Lamen Juris, 2008.

GROSSI, Paolo. **Primeira Lição sobre Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HAYEK, Friederich. **Law, Legislation and Liberty, Volume I: Rules and Order**. Chicago: University of Chicago Press, 1973.

IHERING, Rudolf Von. **L’Esprit Du droit romain dans lês diverses phases de son développement**. Paris: A. Marescq, 1969.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. O Bacharel de Direito no Século XIX: Herói ou anti-herói? In: **Luso-Brazilian Review**, v. 34, n. 1. Wisconsin: University of Wisconsin Press, 1997.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KNIJNIK, Danilo. **Os “Standards” do Convencimento Judicial: Paradigmas para o seu possível controle**. Disponível em <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo37.htm>>. Acesso em: 30 de maio de 2014.

LIEBIG, Sueli Meira. **Narciso acha feio o que não é espelho**. Disponível em: <<http://www.letras.ufmg.br/literafro/data1/artigos/artigosueli.pdf>>. Acesso em: 14 de junho de 2014.

LIPTAK, Adam. **Another Factor Said to Sway Judges to Rule for Women’s Rights: A Daughter**. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2014/06/17/us/judges-with-daughters-more-often-rule-in-favor-of-womens-rights.html?src=twrhp&_r=0>. Acesso em: 19 de junho de 2014.

LÔBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. São Paulo: Saraiva, 2007.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

MACHADO, Joana de Souza. **Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal**. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional da PUC-Rio, 2008.

_____. Império da Constituição e atividade judicial: ecos do Caso Lüth sobre o novo constitucionalismo brasileiro. In: **Boletim CEDES** out-

dez/2011. Disponível em: <http://www.cis.pc-rio.br/cedes/PDF/out_2011/imperio.pdf>. Acesso em: 22 de maio de 2014.

MARTINS, Ives Gandra. A função social do Advogado. In: **Revista do Advogado**. v. 5. n. 14., p. 94/99, jul./set. São Paulo: AASP, 1983.

MAUS, Ingeborg. **O judiciário como superego da sociedade**. Rio de Janeiro: Lamen Juris, 2010.

MEDINA, José Miguel Garcia. **É um pássaro? Um avião? Não, é o 'superjuiz'!** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-18/processo-passaro-aviao-nao-superjuiz>>. Acesso em: 10 de junho de 2014.

MELLO E SILVA, Cristiane Vieira de. O advogado: o menestrel da liberdade. In: **Revista Imes**. Belo Horizonte, v.104, p.58-67, jan./jun. 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MERRYMAN, John Henry. **A tradição da Civil Law**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NALLINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NIETZSCHE, Friedrich. **Assim falou Zaratustra**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. **Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

OLIVEIRA, Jordan Vinicius, SILVA, Lorena Abbas da. Ativismo judicial: um olhar sob a perspectiva paternalista. In: **Anais do II Simpósio de Direito e Inovação**. Juiz de Fora: Faculdade de Direito da UFJF, 2013.

OLIVEIRA, William Batista de. **O papel social do juiz**. Disponível em: <<http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=148>>. Acesso em: 14 de junho de 2014.

PAPPAS, Stephanie. **Large Hadron Collider Won't Destroy Earth With Planet-Eating Black Hole, Court Says**. Disponível em <http://www.huffingtonpost.com/2012/10/19/large-hadron-collider-court_n_1989630.html>. Acesso em: 06 de junho de 2014.

PIRES, Thiago Magalhães. Pós-positivismo sem trauma: o possível e o indesejável no reencontro do direito com a moral. In FELLET, André Luiz Fernandes, DE PAULA, Daniel Giotti, NOVELINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Jus Podivm, 2011.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

PORTELA, Marcelo. **Juiz de MG nega aborto a mulher com problema cardíaco**. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,juiz-de-mg-nega-aborto-a-mulher-com-problema-cardiaco,975314>>. Acesso em: 10 de junho de 2014.

PORTO, Éderson Garin. **A função social do advogado**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11634/a-funcao-social-do-advogado/2>>. Acesso em: 18 de junho de 2014.

POZZOLO, Susanna. Reflexões esparsas em torno do positivismo jurídico e à globalização. *In*: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (orgs.). **Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?** São Paulo: Método, 2008.

QUEIROZ, Paulo. **O que é o direito?** Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/o-que-e-o-direito/>>. Acesso em: 12 de junho de 2014.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à História do Direito Privado e da Codificação: uma análise do novo Código Civil**. Belo Horizonte: Intiva Via, 2011.

ROCHA, Miguel Arcanjo Costa da. **O papel do advogado na sociedade atual**. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/provas/red031b6.htm>>. Acesso em: 15 de junho de 2014.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Disponível em <<http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/contrato.pdf>>. Acesso em: 04 de junho de 2014.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In* FELLET, André Luiz Fernandes, DE PAULA, Daniel Giotti, NOVELINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Jus Podivm, 2011.

SCHNEIDER, Giselda Siqueira da Silva. Construção do Direito Nacional Brasileiro: aspectos históricos. *In*: **Revista Semina V.12, nº1**. Passo Fundo: UPF, 2013.

SCHWARTSMAN, Helio. **As cabeças dos juízes**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/helioschwartzman/2013/09/1341195-as-cabecas-dos-juizes.shtml>>. Acesso em: 19 de junho de 2014.

SEELEY, John Robert. **Introduction to political science**. Disponível em <<https://archive.org/details/introductiontop00seel>>. Acesso em: 05 de junho de 2014.

SIEYÉS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa: Qu'est-ce que Le Tiers État?** Rio de Janeiro: Lamen Juris, 2009.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. **Revisão Judicial das decisões do CADE**. Disponível em: <http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/4/43/Walter_Nunes.pdf>. Acesso em: 10 de junho de 2014.

SOARES, Vinicius Batista. **Breves considerações acerca da problemática que envolve a aplicação da “Jurisprudência de Valores”**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_78/artigos/Vinicius_rev78.htm>. Acesso em: 24 de maio de 2014.

SOARES NETO, Horígenes Fontes; RIHAN, Sâmia Maron; NASCIMENTO, Vinícius Marques do; SANTOS JÚNIOR, Walter Sizenando dos. A sociedade aberta de intérpretes da constituição e o reconhecimento da união estável entre casais homoafetivos no Brasil. *In: Âmbito Jurídico*. Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11553&revista_caderno=9>. Acesso em: 15 junho de 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. **Senso Incomum: como decidem os juízes? Os dramas das filhas influenciam as suas decisões?** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-19/senso-incomum-dramas-filha-influencia-m-juiz-decidir>>. Acesso em> 19 de junho de 2014.

_____. **Senso Incomum: o realismo ou quando “tudo pode ser inconstitucional”**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-02/senso-incomum-realismo-ou-quando-tudo-inconstitucional>>. Acesso em: 21 de junho de 2014.

_____. **Senso Incomum: o Supremo não é o guardião moral da nação**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-05/senso-incomum-supremo-nao-guardiao-moral-nacao>>. Acesso em: 10 de junho de 2014.

_____. **Verdade e Consenso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRUCHINER, Noel. A primazia do positivismo conceitual. *In* DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. **Teoria do direito neoconstitucional**. São Paulo: Método, 2008.

VALE, André Rufino do. O uso argumentativo da distinção entre regras e princípios pelos Tribunais Constitucionais ibero-americanos. *In* FELLET, André Luiz Fernandes, DE PAULA, Daniel Giotti, NOVELINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Jus Podivm, 2011.

VALE, João Henrique do. **Juiz nega pedido do MP e passagem de ônibus de BH pode ser reajustada**. Disponível em: <http://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2014/05/08/interna_gerais,526755/juiz-nega-pedido-do-mp-e-passagem-de-onibus-de-bh-pode-ser-reajustada>. Acesso em: 10 de junho de 2014.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **Hermenêutica Jurídica e Derrotabilidade**. Curitiba: Juruá, 2010.

VASCONCELOS, Frederico. **O juiz e a imagem do super-herói**. Disponível em: <<http://blogdofred.blogfolha.uol.com.br/2014/05/06/o-juiz-e-a-imagem-do-super-heroi/>>. Acesso em: 11 de junho de 2014.

VIANNA, Werneck. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

WALDRON, J. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WANDERLEY, Raimundo Lúcio Gonzaga. **O Estado Democrático de Direito: o problema da legitimação do direito na democracia, na abordagem de Jürgen Habermas**. Disponível em: <[http://www.mpce.mp.br/esmp/biblioteca/monografias/filosofia.moderna.do.direito/estado.democratico.de.direito.o.problema.da.legitimacao.do.direito.na.democracia\[2007\].pdf](http://www.mpce.mp.br/esmp/biblioteca/monografias/filosofia.moderna.do.direito/estado.democratico.de.direito.o.problema.da.legitimacao.do.direito.na.democracia[2007].pdf)>. Acesso em: 21 de junho de 2014.