

Uma análise da nova postura do STF e seu confronto com a tradição romano-germânica e os ideais libertários democráticos^{*1}

Analysis of the new position of the STF and its confrontation with the Roman-Germanic tradition and the libertarian ideals democratic

Kênia Barcelos Drumond Barros^{*2}

Resumo

Este artigo é fruto dos resultados obtidos com a pesquisa inserida no Programa de Iniciação Científica da PUC Minas. A elaboração presente trabalho conta com o estudo bibliográfico e com a análise de julgados do STF. Considerando-se a tradição romano-germânica, bem como a importância do princípio constitucional da harmonia entre os poderes sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito, pretende-se analisar o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) ao proferir suas decisões. Em síntese, este trabalho visa explorar em que medida no panorama jurídico brasileiro, os juízes ao proferirem suas decisões, vêm extrapolando o exercício de suas atribuições constitucionais e promovendo o desequilíbrio dos poderes no estado brasileiro.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Supremo Tribunal Federal. Tradição romano-germânica. Princípio da Harmonia entre os poderes. Juiz Hércules.

Abstract

This article is based on the results obtained from research included in the Scientific Initiation Program at PUC Minas. The drafting this paper has the bibliographical study and analysis of the Supreme Court judged. Considering the Roman-Germanic tradition, as well as the importance of the constitutional principle of harmony between the powers from the perspective of the democratic rule of law, we intend to analyze the current positioning of the Supreme Court (STF) to render its decisions. In summary, this study aims to explore the extent to which the Brazilian legal landscape, the judges its decisions, are extrapolating the performance of its constitutional duties and promoting the imbalance of power in the Brazilian state.

Keywords: judicial activism. Supreme Court. Roman-Germanic tradition. Principle of harmony between the powers. Judge Hercules.

^{*1} Artigo elaborado sob a orientação do Professor Teodoro Adriano Costa Zanardi.

^{*2} Aluna do Curso de Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Introdução

“Vida é sorte perigosa passada na obrigação: toda noite é rio abaixo, todo dia é escuridão... [...] O correr da vida embrulha tudo, a vida é assim: esquenta e esfria, aperta e daí afrouxa, sossega e depois desinquieta. O que ela quer da gente é coragem.”(GUIMARÃES ROSA, 1986, p.278).

Tomando como ponto de partida esta passagem do célebre romance Grande Sertão Veredas de Guimarães Rosa, inicio um estudo sobre a aplicação do Direito, através de uma análise da atividade jurisdicional. Tendo como pressuposto a ideia de que não há uma teoria correta, e não existem explicações definitivas que por si só resolvem os problemas sociais e esta não deve ser a pretensão do judiciário. Pois, o Direito se aplica às relações sociais em constante mudança, como, aliás, é próprio da vida humana .

O Direito que regula a vida em sociedade está em constante evolução e muitas teorias surgem ao longo da história para explicá-lo e adequá-lo a realidade social por ele regulada. O Direito brasileiro, recentemente, vem passando por uma ruptura, decorrente da nova forma de atuação do Supremo Tribunal Federal (STF). Uma vez que este ao manifestar-se, em muitos casos, tem atuado como se legislador fosse.

Pretende-se analisar o atual posicionamento do STF ao proferir suas decisões, vislumbrando nosso ordenamento jurídico à luz da tradição romano-germânica, da divisão dos poderes e os ideais libertários democráticos, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, o presente trabalho nos convida a refletir se, afinal, “*somos súditos do império do direito, vassalos de seus métodos e ideais, subjugados em espírito enquanto discutimos o que devemos, portanto, fazer*” (DWORKIN, 1999, XI), ou se como sujeitos de direitos que suportarão os efeitos da decisão jurisdicional, ajudaremos a construí-la.

O surgimento do Estado Moderno e a harmonia entre os poderes

A gênese histórica do Estado Moderno remonta uma estrutura absolutista, ou seja, um contexto histórico caracterizado pela concentração de poderes nas mãos do Estado e a fundamentação divina para os poderes do rei. O poder absoluto unificara em termos políticos a nova sociedade em contraposição a dispersão medieval. Porém, “*a empresa capitalista, com a burguesia economicamente vitoriosa, dispensava os reis*”. (BONAVIDES, 2002, p.136).

Desse modo, mudanças na ordem social, política e econômica levaram a uma ruptura com o modelo existente até então, criando a era da modernidade. Nesse contexto fazia-se necessário um ordenamento político pautado nas doutrinas que preconizavam a limitação do poder do Estado. Nesse sentido, a tripartição dos poderes surge como uma forma de garantir as liberdades individuais frente à autoridade estatal.

Como preleciona José Afonso da Silva, “*o princípio da separação dos poderes já se encontrava sugerido em Aristóteles, Jonh Locke e Rosseau*”. (2006, p.109). Contudo quem de fato sistematizou e divulgou esta teoria foi *Charles Lois de Secondat*, o Barão de Montesquieu, em sua obra *De'l Espirit dès Louis*, no ano de 1748.

Ensina Montesquieu que o legislativo elabora as leis, o executivo exerce a função administrativa do estado, executando as leis, e ao judiciário cabe punir os crimes e julgar as demandas particulares. Montesquieu enfatiza ainda a necessidade de independência e harmonia entre os poderes: “*mas é uma experiência eterna que todo homem que tem poder é levado a abusar dele*”. (2000, p. 165).

Com o objetivo de que cada indivíduo ou grupo de pessoas investido em um dos três poderes limite-se às suas atribuições é que Montesquieu afirma: “*para que não possam abusar do poder, precisa que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder*”. (2000, p. 165). Desta forma, os três poderes fiscalizariam uns aos outros, a fim de evitar a usurpação do poder por qualquer deles. Através do mecanismo dos freios e contrapesos exposto por Montesquieu.

A doutrina da separação dos poderes foi positivada na Constituição dos Estados Unidos - 1787- e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, a ponto de seu art. 16 declarar que não teria constituição a sociedade que não assegurasse a separação de poderes.

Neste momento, faz-se necessário estudar mais detidamente o princípio da harmonia entre os poderes, inserido na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), em seu artigo 2º, o qual preceitua que: “*são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o legislativo, o executivo e o judiciário*”. A separação dos poderes também está assegurada no artigo 60, inciso III da Constituição Federal.

José Afonso da Silva enfatiza que “*esse é um princípio geral do Direito Constitucional que a Constituição inscreve como um dos princípios fundamentais que ela adota*”. (Silva, 2006, p. 106)

Isto porque a Constituição Federal ao tratar da organização dos poderes no estado brasileiro, fundamenta-se nas ideias básicas da divisão dos poderes apresentada por Montesquieu. A separação dos poderes é vista como condição para o Estado de Direito.

O princípio da independência e harmonia entre os poderes não significa, contudo, que a Constituição tenha estabelecido uma separação radical, entre as diferentes funções do estado. Tendo em vista a existência de funções típicas e atípicas. Neste sentido são as lições do constitucionalista José Luís Quadros de Magalhães:

(...) os Poderes tem funções preponderantes, mas não exclusivas. Desta forma quem legisla é o legislativo, existindo entretanto funções normativas, através de competências administrativas normativa no judiciário e no executivo. Da mesma forma a função jurisdicional pertence ao Poder Judiciário, existindo entretanto funções jurisdicionais em órgãos da administração do Executivo e do Legislativo. (...) Finalmente é óbvio que existem funções administrativas nos órgãos dos três poderes. (2004, p.1).

Isto posto, passo a análise da importância da aplicação do princípio da harmonia entre os poderes para a afirmação democrática do estado brasileiro. Pois, tendo em vista a tradição romano-germânica e a importância atribuída as normas de Direito, sobretudo as leis, é imprescindível que a produção das leis passe pelo devido processo legislativo. Desse modo a edição de atos normativos ou decisões judiciais de caráter coercitivo e geral as quais aproximam-se do objetivo das leis e podem até revogá-las, está na

contramão da tradição romano-germânica e dos princípios democráticos. Sobretudo ao avaliarmos o papel do juiz, já que no sistema romano-germânico cabe a ele, ao solucionar o litígio, interpretar as normas de Direito vigentes. Ao contrário do que vigora nos países filiados ao sistema da common law, nos quais o juiz tem maior liberdade, devido à característica normativa das decisões judiciais.

O Sistema Romano-germânico e as Normas Jurídicas

A formação do sistema de direito romano germânico teve início na Idade Média, “quando a convivência forçada entre os povos romanos conquistados e os bárbaros invasores levou à aplicação simultânea dos ordenamentos jurídicos dos dois povos”. (SILVEIRA, 2004, p.2).

Nas palavras de Miguel Reale a tradição romanística “*caracteriza-se pelo primado do processo legislativo, com atribuição de valor secundário às demais fontes do Direito*”. (REALE, 2002, p.142).

Nesse sentido, a família romano-germânica constitui-se sistema de direito no qual a lei desempenha um papel importante, porém ao lado da lei existem outras fontes. São também fontes do direito o costume, a jurisprudência, a doutrina, e os princípios gerais do direito. Por isso, nos dias atuais reduzir o Direito ao texto da lei é um grande equívoco. “*Confundir direito e a lei, ver na lei a fonte exclusiva do direito é contrário a toda a tradição romano-germânica*”. (DAVID, 1996, p.88). Uma vez que o Direito é mais denso do que apenas enunciados legais, pois quando se fala em Direito, compreende-se todo o ordenamento jurídico, inclusive o texto constitucional com a amplitude de seus princípios.

Com amparo nas lições de René David, percebemos que “*a lei tornou-se o elemento principal para o conhecimento do Direito, mas ela não exclui outros elementos e apenas adquire sentido em conjugação com eles*”. (1996, p.90).

É também uma característica comum aos países da família romano-germânica a existência de um supremo tribunal “*cuja missão se é em teoria velar pela estreita aplicação da lei, é muitas vezes também assegurar a unidade da jurisprudência*”. (DAVID, 1996, p.126). Porém, nos alerta René David (1996) que o supremo tribunal ameaça mais do que garante a supremacia da lei, na medida em que detém um grande poder e é tentado a torna-se uma autoridade complementar e até mesmo rival do

legislador.

Está presente nos ordenamentos filiados à família romano-germânica a necessidade de motivação das decisões judiciais. Nas palavras de René David,

O princípio de que as decisões devem ser motivadas (...) surge aos olhos dos homens do nosso tempo como uma garantia às decisões arbitrárias e, mais ainda, talvez como uma garantia de que as decisões serão maduramente refletidas e conformes ao direito. (DAVID, 1996, p.125).

Sobre o papel desempenhado pelos juízes no sistema romano-germânico, outrora acreditava-se que era “*fundamentalmente o de descobrir com auxílio de vários processos de interpretação, a solução que em cada caso corresponde a vontade do legislador*”. (DAVID, 1996, p.88). No entanto, atualmente, admite-se que os juízes contribuem para a evolução do Direito, ao interpretar a lei diante dos casos concretos. Como assevera René David, “*já que ninguém acredita que a lei seja a única fonte do direito e que uma operação puramente lógica de interpretação da lei possa, em todos os casos, conduzir à descoberta da solução de direito que se impõe.*” (1996, p.89).

Nesse sentido, cabe ao juiz diante de um litígio solucioná-lo baseado nos quadros traçados previamente pelo legislador, à luz das provas trazidas pelas partes ao processo. Ressalta-se, porém, que não compete aos juízes criar regras de Direito uma vez que esta é tarefa do legislador. Embora seja inegável que a jurisprudência desempenha um importante papel, esta se move dentro de quadros estabelecidos para o Direito pelo legislador. Além disso, “*as formulações da jurisprudência são frágeis e suscetíveis de serem rejeitadas ou modificadas a todo tempo, no momento duma nova espécie*”. (DAVID, 1996, p.120). Ou seja, via de regra a jurisprudência é uma fonte de Direito não vinculante, embora seja possível traçar qual a linha de precedentes dominantes em um determinado tribunal e até mesmo precedentes judiciais de caráter obrigatório, como ocorre no nosso ordenamento jurídico com a criação de súmulas vinculantes.

Sobre a regra de direito no sistema romano-germânico “*considera-se como desejável, que a regra de Direito deixe uma certa margem de liberdade ao juiz, sendo*

sua função unicamente estabelecer quadros para o Direito e fornecer ao juiz diretivas". (DAVID, 1996, p.82). Neste aspecto, David ressalta como desejável uma característica presente nos princípios, uma vez que estes são enunciados normativos mais elásticos, se comparados às regras, o que confere ao intérprete maior liberdade para decidir. Tendo em vista que de um modo geral as regras, principais fontes do direito no sistema romano-germânico, são dispositivos mais rígidos, a análise da aplicação de princípios adquire especial importância neste sistema jurídico.

Ainda segundo David,

(...) não é necessário que a regra assuma um caráter muito geral, porque ela deixaria de ser um guia suficientemente seguro para a prática, é sim necessário que ela assuma um caráter suficientemente geral para contemplar um certo tipo de situações e não ser unicamente aplicável, como a decisão do juiz à uma situação particular. (1996, p.82).

Uma regra que tem uma generalidade excessiva confere aos juízes maior liberdade na aplicação da regra, assim a jurisprudência diante de regras muito gerais *"esforça-se por deixá-las mais claras, os supremos tribunais, em particular exercem seu controle sobre o modo como estas regras são interpretadas pelos juizes de instância"*. (DAVID, 1996, p.83).

Ao tratar das normas jurídicas, Dworkin (2002) distingue diretrizes políticas, princípios e regras. Segundo ele diretrizes políticas são um *"tipo padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade"*. (2002, p.36). Ao passo que um princípio é *"um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade"*. (2002, p. 36).

No entanto, à discussão teórica pretendida nessa empreitada interessa a distinção feita pelo autor entre regras e princípios genéricos, compreendendo estes como todo o conjunto de padrões que não são regras. Ensina Dworkin (2002) que esta distinção é de natureza lógica, ou seja, ambos são conjuntos de padrões que apontam para decisões particulares, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. Nesse

sentido “*as regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão*”. (2002, p.39).

Além disso, diante de regras pelo menos em tese, “*todas as exceções podem ser arroladas e quanto mais o forem, mais completo será o enunciado da regra*”. (DWORKIN, 2002, p.40).

Por outro lado, “*os princípios não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas*”. (DWORKIN, 2002, p.40). Em decorrência desta distinção surge outra, “*princípios possuem uma dimensão de peso ou importância*”. (2002, p.42). Assim, diante de um caso concreto podemos ter dois princípios que se aplicam à situação e conduzem a soluções contrárias. Desse modo exige do intérprete que leve em consideração a força relativa de cada um e aplique o que for mais adequado ao caso concreto. Nesse caso um princípio não vai prevalecer “*mas isso não significa dizer que não se trate de um princípio de nosso sistema jurídico*”. (2002, p. 41). Pois em outras circunstâncias o princípio afastado pode ser aplicado em detrimento daquele que o afastou.

Diferentemente “*as regras não tem esta dimensão, (...) se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida*”. (DWORKIN, 2002, p.43). A solução deste conflito passa por considerações que estão além das próprias regras. Por exemplo, a solução de antinomias através dos critérios cronológico, hierárquico ou de especialidade.

Dentro do sistema romano-germânico e como consequência da dinâmica da vida social as regras, geralmente enunciados de estrutura fechada, tornam-se insuficientes para abarcar todas as situações relevantes para o direito. Temos desse modo, a evolução das regras para princípios, os quais abarcam diversas situações, as quais inclusive não podem ser pré-estabelecidas, só verificamos a ofensa a este ou aquele princípio diante do caso concreto, é a situação fática que exige do intérprete a definição dos contornos de cada princípio.

Ocorre que os princípios inicialmente exerciam apenas uma função supletiva ou de integração, ou seja, eram considerados fontes do direito, porém não obrigatórios. Sob esta perspectiva, os princípios eram usados somente para solução de casos diante da ausência de regras, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

No entanto, este entendimento sofreu profundas transformações e hoje os princípios, tal como as regras, são espécies do gênero normas jurídicas e, portanto, dotados de obrigatoriedade.

Nesse sentido, sob a ótica atual no que diz respeito a regras e princípios como fontes do direito, não há hierarquia entre estes, e ao intérprete diante de um caso concreto à luz de princípios é permitido compatibilizá-lo com uma determinada regra jurídica ou inclusive afastá-la e fundamentar sua convicção em princípio jurídico.

Se por um lado esta evolução da concepção de princípios proporcionou a solução de diversos casos com maior liberdade ao intérprete, convivemos por outro lado com situações que podem conduzir o juiz a decisões arbitrárias. Estamos convivendo com a ampliação dos poderes do juiz, contudo faz-se necessário uma reflexão sobre suas atribuições e quais são os limites de seus poderes.

Origem e atribuições do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal (STF) teve origem após a proclamação da república no Brasil, marco inicial do período conhecido pelos historiadores como República Velha, embora, após a independência do Brasil a Constituição brasileira de 1824 já trouxesse a previsão da existência de uma suprema corte. Após a proclamação da república no Brasil, por meio do decreto 848 de 11 de outubro de 1890, foi criado o Supremo Tribunal Federal, o qual substituiu “Supremo Tribunal de Justiça” e o Poder Moderador, existentes durante o período imperial.

José Reinaldo de Lima Lopes ressalta o fato de o STF e a Justiça Federal terem sido criados antes mesmo da Constituição, é a demonstração “(...) *do quanto eram vistos como inerentes à nova organização política do Brasil. (...) para além dos direitos do cidadão, ao Supremo cabia resguardar a unidade do direito federal em face da autonomia política dos Estados*”. (2006 p. 484).

Sobre a competência do Supremo Tribunal Federal, cabia a ele solucionar conflitos que lhe fossem apresentados tendo em vista a sua competência originária ou recursal, bem como a solução de conflitos estabelecidos entre os três poderes, o que no período imperial era atribuição do Poder Moderador.

Iniciavam-se, assim, os contornos do tribunal que conhecemos atualmente, nas palavras de José Reinaldo de Lima Lopes,

(...) no Brasil republicano a tarefa de moderação e arbitragem das controvérsias foi passada ao STF (...). Essa tarefa permaneceu dando origem a uma longa tradição de fato, a terceira corte constitucional do mundo, atrás apenas da norte americana e argentina. (LOPES, 2009, p.1).

O Supremo Tribunal Federal constitui-se na mais alta instância do poder judiciário brasileiro, sua função típica principal é a de servir como guardião da Constituição Federal, ou seja, de tutelar a autoridade e a integridade da lei magna federal.

Sobre a função jurisdicional ao juiz cabe solucionar o litígio apresentado á luz da norma vigente, quando nos referimos a atuação do STF este quadro não se altera, uma vez que a eles é atribuída a função de aplicar o direito legislado e não de criar o direito, atuando como rival do legislador. A interpretação a ser feita gira em torno do que seria constitucionalmente adequado, pois não se trata de traçar diretrizes legislativas ou administrativas ou ainda de decidir o que seria vida digna dos cidadãos. Nesse sentido, ensina Dhenis Cruz Madeira, que

(...) o fruto da atividade cognitiva (provimento) não estampa um logos do julgador, uma vez que a lógica ou a razão cognição independe da singular sapiência ou da concepção de justiça do decisor. O logos decisório, no Estado Democrático de Direito, é sempre limitado e extraído interpretativamente do texto legal, ainda que sob a veste de princípio jurídico (que também é norma). (2008, p.141).

É característica do poder judiciário a inércia da jurisdição, ou seja, os juízes e tribunais se manifestam mediante provocação das partes, e não de ofício. No mesmo sentido, José Reinaldo de Lima Lopes afirma que, “*não é próprio do órgão julgante*

tomar iniciativas, juízes, mesmo os constitucionais, agem e se pronunciam apenas quando provocados.” (2009, p.1).

Nesse sentido, o STF no exercício de suas atribuições constitucionais não pode atuar como se legislador fosse, ainda que diante da omissão legislativa, pois ao fazê-lo viola disposições da Constituição Federal, promovendo o desequilíbrio entre os poderes, em flagrante desrespeito ao princípio constitucional da harmonia entre os poderes, previsto artigo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil.

A aplicação do direito tal como sugere Dworkin

Em sua obra *O império do Direito* Dworkin nos apresenta a teoria do direito como integridade, na qual encontramos uma reflexão quanto a aplicação do Direito, sobretudo quanto a atividade do juiz. Um conceito chave em Dworkin para a compreensão do Direito é a interpretação, motivo pelo qual o autor refuta o positivismo jurídico, bem como outras teorias que o autor considera como não interpretativas, são as denominadas teorias semânticas.

Dworkin distingue argumentos de política e argumentos de princípios, segundo o autor argumentos de política justificam a adoção de determinados programas tendo em vista um benefício para a sociedade como um todo, ou seja, baseiam-se em objetivos e resultados. Enquanto os argumentos de princípios justificam a adoção de determinados programas tendo em vista seu impacto sobre determinadas pessoas, ainda que isto implique em prejuízos para a coletividade, ou seja, baseiam-se em direitos individuais. Esta distinção é relevante porque para Dworkin a atividade judicial deve contemplar apenas questões de princípios. Desse modo, como alude Thamy Pogrebinski, “(...) *quando o juiz Hércules encontrar-se diante de um caso que identifique como fundado em uma questão política, ele se recusará a rever a decisão anterior do legislador.*” (2000, p.131).

Para ilustrar sua teoria, Dworkin através de um exemplo imaginário, lança mão do juiz Hércules, o qual é idealizado como um juiz de sabedoria e paciência sobre-humanas. Reportando-se á obra “*O império do Direito*” Thamy Pogrebinski menciona o seguinte:

O juiz Hércules, através de princípios, pode criar um direito novo, inovar. Mas ele só poderá fazer isso na medida em que a decisão que produzir for consistente com a tradição, e antes de decidir, portanto, ele tem que voltar seus olhos retrospectivamente. (2000, p.132).

Outro exemplo trazido por Dworkin para esclarecer a atividade judicante decorre da comparação entre Direito e literatura, e é denominado por ele de romance em cadeia. Segundo Dworkin,

Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista de cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. (1999, p.276).

Através desta comparação percebe-se que um juiz que atue segundo os preceitos de Dworkin, ao proferir uma sentença escreve um capítulo novo, após a leitura dos capítulos anteriores. Desse modo, o juiz não apenas interpreta o Direito legislado, mas, sobretudo cria um novo Direito á luz da sua melhor interpretação. Dworkin afirma inclusive que na busca pela melhor solução dos litígios, *“os juízes têm a obrigação de fazer cumprir os direitos constitucionais até o ponto em que o cumprimento deixa de ocorrer no interesse daquele que os direitos deveriam proteger.”* (2000, p.167).

Diante do exposto, pode-se tecer comentários acerca da conexão entre Dworkin e o ativismo judicial, embora este seja um assunto bastante controverso no meio acadêmico. Tendo em vista que nos deparamos com estudos que afirmam que o juiz Hércules idealizado por Dworkin é um juiz ativista e por outro lado, também temos trabalhos que afirmam inclusive que Dworkin rechaça o ativismo judicial.

Para Cláudio Ladeira de Oliveira, Dworkin rechaça o ativismo judicial, segundo este autor, vincular a teoria do Direito como integridade ao ativismo judicial é um equívoco, visto que

(...) de acordo com o modelo do “Direito como integridade”, o Direito de uma comunidade deve ser visto pelos juízes que o interpretam nos casos concretos não como um conjunto esparso e incoerente de decisões políticas passadas. O ideal de integridade não fornece diretamente respostas aos casos concretos, mas sim uma recomendação aos juízes para que concebam o Direito como um todo. Assim, as decisões judiciais estão limitadas pelo dever de justificar suas opções com uma teoria coerente, a qual também deve poder ser justificada. Decisões não podem ser o resultado de meras preferências pessoais arbitrárias: devem ser justificadas como a expressão de princípios gerais e duráveis.

Esta é a exigência de que o Estado atue, no tratamento de seus cidadãos, de acordo com Esta é a exigência de que o Estado atue, no tratamento de seus cidadãos, de acordo com um único e coerente conjunto de princípios e não de modo arbitrário. O Estado não pode tomar decisões que expressam princípios contraditórios. (p.14, 2008).

Por outro lado, Thamy Pogrebinschi, nos revela a possibilidade de compreendermos a teoria de Dworkin como uma dualidade paradoxal, na medida em que Hércules é um juiz que adota uma postura passiva diante de argumentos políticos e uma postura ativista diante de argumentos de princípios.

Porém, persiste a crítica feita por Thamy Pogrebinschi ao considerar que Dworkin pretende inserir Hércules em um lugar intermediário entre a passividade e o ativismo judicial, “*se tal lugar existe para um juiz de feições humanas - e não divinas - fora do Olimpo*” (p.133, 2000).

Dworkin ao longo de sua obra não se compromete com o ativismo judicial, ao contrário afirma que um juiz ativista “*ignoraria o texto da constituição, a história de sua promulgação, decisões anteriores da Suprema Corte a interpretando, e longas tradições de nossa cultura política*” (p. 378, 2003).

No entanto, após a análise da atuação de Hércules, bem como da concepção de interpretação dworkiana, percebemos que o autor legitima atitudes ativistas.

O jurista belga François Ost (1993) desenvolve em seu texto uma crítica a legitimidade deste juiz semi-deus apresentado por Dworkin. Segundo Ost, a partir da compreensão dworkiana está no juiz à única fonte de direito válido, é o juiz ao decidir que cria a autoridade e não mais a lei.

Tal entendimento corrobora o que se defende nesta pesquisa, em razão disto vemos em Ost, uma possibilidade de harmonizar a atuação do poder judiciário brasileiro ao nosso ordenamento jurídico e ao modelo de Estado Democrático de Direito. Ost, explica a atividade judicante sob a perspectiva de três juízes: Hércules, Hermes e Júpiter, estudo que passa a ser objeto de análise no tópico que se segue.

Análise de casos

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3.510 movida pelo então Procurador-Geral da República Cláudio Fonteles enfrentou a questão da constitucionalidade da Lei 11.105, de 24 de março de 2005. A discussão central versava se havia vida a ser protegida em um embrião congelado, sem expectativas de ser gerado, nos termos do art. 1º, III, que consagra o princípio da dignidade da pessoa humana e o art. 5º, *caput*, o qual garante o direito à vida, ambos da Constituição Federal. O artigo questionado dispõe o seguinte.

Art. 5º. É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à

apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.(BRASIL, 2005).

Esta ADI foi julgada improcedente pelo STF. No entanto, o que de fato tem relevância para o presente trabalho é o caráter ativista que caracteriza este julgamento. Tomaremos o voto do Ministro Gilmar Mendes como exemplo. Inicialmente o Ministro fundamenta a legitimidade democrática da apreciação pela Corte Constitucional, segundo seu entendimento o debate democrático produzido no Congresso Nacional não se encerrou quando da aprovação da lei 11.105/2005, pois foi renovado no momento da propositura da ADI 3.510.

Ao longo do referido julgamento as discussões foram focadas em quando tem início à vida humana. Ressalte-se ainda que o STF promoveu audiências públicas e recebeu destaque e notoriedade políticos, não há permissivo constitucional para que aquela Corte atue tal como Poder Legislativo.

Ocorre que ao final de seu voto o Ministro Gilmar Mendes, interpreta o artigo questionado de maneira construtiva, senão vejamos:

O art. 5º da Lei nº 11.105/2005 deve ser interpretado no sentido de que a permissão da pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, deve ser condicionada à prévia aprovação e autorização por Comitê (Órgão) Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde. Entendo, portanto, que essa interpretação com conteúdo aditivo pode atender ao princípio da proporcionalidade e, dessa forma, ao princípio responsabilidade. (MENDES, Gilmar. Voto na ADI 3510, p.36, 2008).

Além deste caso apreciado pelo STF podemos apontar também como um julgamento que reforça o raciocínio que aqui se desenvolve, a edição da súmula vinculante número 11, cujo conteúdo reproduzimos a seguir:

Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e a nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do estado. (BRASIL, STF, 2008).

A partir da leitura da Súmula editada pelo STF, percebemos a presença de generalidade e abstração característica de uma norma jurídica resultante do devido processo legislativo.

Além disso, outro ponto passível de crítica é o fato da referida Súmula ter sido editada em desacordo com o que preceitua o artigo 103-A da CRFB, sobretudo, no que se refere a previsão de reiteradas decisões sobre matéria constitucional.

Salienta-se que a referida Súmula foi editada após uma única decisão sobre o tema, o Hábeas Corpus 91952/SP, no qual um julgamento do Tribunal do Júri de uma Comarca do interior do Estado de São Paulo foi anulado em decorrência do réu ter permanecido algemado perante o júri sem justificativa.

O direito pós-moderno e a teoria lúdica do direito

*“Que a justa medida temporal
que se procura resguarda-se,
tanto de um tempo fixo,
que não deixa margem à mudança,
como de um tempo exageradamente móvel,
que não deixa margem à continuidade”*

(François Ost).

Para François Ost, a construção de um modelo de juiz se apresenta como um desafio, vez que a atividade judicante exige uma atuação multifacetada e pluralista. Como construir então um modelo de quem parece estar além da standardização? (OST,1993).

O primeiro modelo trabalhado pelo autor é o juiz Júpiter, aquele que sempre se expressa de cima, sob a forma de lei, especialmente de caráter proibitivo. Marcado pelo sagrado e pela transcendência. Deste foco jurídico emana todo o direito em forma de decisões particulares. Júpiter encontra respaldo nas teorias positivistas do Direito, cujo maior expoente é Hans Kelsen.

A codificação faz com que as discussões sejam simples e claras, no entanto, não atende situações de maior complexidade como as que vivemos atualmente. O positivismo jurídico se encontra em crise e é natural que em um movimento revolucionário teóricos do Direito adotem a posição diametralmente oposta, segundo Ost, igualmente reducionista. Assim, alguns juristas vão apontar o juiz como o foco exclusivo de onde emana toda a jurisdição. Surge deste modo, a figura do juiz Hércules, aqui as decisões judiciais estão no centro do sistema.

Sobre Hércules, Ost, destaca o seguinte:

Hércules de Dworkin, este juiz racional que toma os direitos fundamentais a sério, que domina o império do direito, que se consagra em toda ocasião, e particularmente nos casos difíceis, a encontrar a resposta correta que se impõe (p.180,1993). (Tradução livre).

(...)

... esse juiz semi-deus que se submete aos trabalhos exaustivos de julgar e acaba por levar o mundo sobre seus braços estendidos, reproduzindo assim fielmente a imagem de uma pirâmide invertida. A partir de então não há mais direito que não o jurisprudencial (p. 170, 1993). (Tradução livre).^{*3}

^{*3}Hércules de Dworkin, este juez racional que toma los derechos fundamentales em serio, que domina el império del Derecho, que se consagra em toda ocasión, y particularmente em los casos difíciles, a encontrar la resposta correta que se impone.

A atividade do juiz Hércules privilegia, para a validade da norma jurídica, sua efetividade. A generalidade e a abstração da lei deram lugar singularidade e o concreto da decisão (OST, 1993).

Segundo Ost, o modelo da pirâmide jupiteriana traduz as exigências do Estado Liberal, o Estado de Direito do século XIX e o modelo do juiz Hércules, as atividades do Estado social e assistencial do século XX.

Ao contrário da racionalidade dedutiva e linear inerente ao positivismo jurídico, no qual a norma é aplicada ao fato, no realismo este movimento se inverte e há o raciocínio indutivo. É a partir do fato que surge a regra.

Observa-se que Hércules e Júpiter são tipos ideais, separados da realidade jurídica.

Para Ost, a sociedade e o direito pós-moderno merecem algo melhor que este artifício teórico.

Como superação destes modelos Ost apresenta um meio termo entre eles visto que acredita que é tempo de admitir a pluralidade e a diversidade dos atores que compõem a cena jurídica e contribuem para a aplicação do Direito.

A proposta é representar este modelo sob a denominação de Hermes, figura da mitologia grega conhecida como:

Hermes está tanto no céu, quanto na terra e no inferno. Ocupa o fosso entre as coisas, assegura o trânsito de umas as outras. (...) Ele não conhece outra lei que não a circulação de discursos, em que a circulação de discursos, com os quais arbitra os jogos sempre os reiniciado. (1993, p. 171) (Tradução livre).^{*4}

Dworkin, em sua obra “O Império do Direito”, também faz menção a um modelo de juiz ao qual atribui o nome de Hermes (2003). No entanto, para Dworkin,

(...) esse juez simidiós que se somete a los trabajos agotadores de juzgar y acaba por llevar el mundo sobre sus brazos extendidos, reproduciendo así fielmente la imagen del embudo. A partir de aquí no hay más Derecho que el jurisprudencial.

^{*4} Hermes está a la vez en el cielo, sobre la tierra y en los infiernos. Ocupa resueltemente el vacío entre las cosas, asegura el tránsito de unas a otras. (...) No conoce otra ley que la circulación de los discursos, con la que circulación de los discursos, com la que arbitra los juegos siempre recomenzados.

Hermes é aquele juiz que interpreta a lei segundo a vontade do legislador, método criticado pelo autor, especialmente por não ser possível identificar esta vontade. Para a teoria dworkiana, Hermes representa apenas um juiz, no entanto, para Ost, Hermes designa todos os atores que se expressam no discurso jurídico. Hermes enquanto juiz é o intérprete mediador, porta voz. “*Es a Hermes, dios de la comunicación y de la circulación*”. (OST, 1993, p. 182).

É a partir desta perspectiva que Ost considera que os juízes são os intérpretes mais legítimos do Direito, entretanto não são os únicos. O autor se apresenta como defensor de que o discurso jurídico ocorra no espaço público e não que o juiz detenha o monopólio do Direito.

Segundo Ost, (1993), quando os sujeitos de Direito reconstroem mentalmente a mensagem a eles dirigida e refletem sobre sua aplicação como uma operação de vontade, também denominada de uma manifestação de liberdade, o direito se configura necessariamente como algo inacabado, em construção. Desse modo, na aplicação do Direito não há monopólio quer seja do legislador ou do juiz, tendo em vista que o direito é antes de tudo um espaço de discussão pública, um modo de solução de conflitos equitativo e contraditório.

Ensina François Ost que o direito pós-moderno,

Somos confrontados agora a um direito líquido, informal. Um direito que, sem deixar de ser ele mesmo, se apresenta em certas ocasiões em estado fluido que lhe permite se colocar em situações mais diversas e ocupar assim suavemente todo o espaço disponível, suportando – conforme o caso- fortes compressões. (1993, p. 187). (Tradução Livre). *⁵

Desse modo, Hermes atua preservando o procedimento, o contraditório e os direitos fundamentais. No entanto, dada à complexidade das relações humanas que cada vez mais reclamam à atuação do judiciário enfrentará desafios como à necessidade de

*⁵ es a um derecho líquido, intersticial e informal al que estamos confrontados ahora. Um Derecho que, sin César de ser él mismo, se presenta em ciertas ocasiones em el estado fluido que lê permite colocarse em situaciones más diversas y ocupar así suavemente todo el espacio disponible, soportando - legado el caso- fuertes compresiones.

conciliar desenvolvimento econômico e preservação ambiental, e a repercussão das novas técnicas científicas, entre outros.

Conclusão

O Supremo Tribunal Federal (STF) vem promovendo uma ruptura na tradição jurídica brasileira ao atuar como legislador positivo, ou seja, ao realizar inovações no ordenamento jurídico mediante a criação de normas ou institutos até então inexistentes.

Como fundamento teórico às críticas ao atual posicionamento do STF nos reportamos a doutrinadores contemporâneos como Ronald Dworkin e François Ost e ao longo do trabalho sustentamos que a atuação do STF se aproxima do juiz Hércules idealizado por Dworkin, sendo a alternativa para atender aos anseios democráticos da Constituição brasileira a atuação do magistrado segundo o juiz Hermes ilustrado por Ost.

É inegável que a jurisprudência exerça um papel importante no processo de evolução do Direito. Tendo em vista que as normas são elaboradas em um determinado período, e até que novas leis as modifiquem elas precisam ser contextualizadas através do processo de interpretação por parte dos magistrados.

Porém, tendo em vista a tradição romano-germânica do Direito brasileiro, a tripartição dos poderes, bem como, a orientação constitucional de que o Estado brasileiro constitui-se em Estado Democrático de Direito, não há espaço no nosso cenário jurídico, para decisões judiciais que ao solucionarem os casos concretos, atraem para si a função legislativa.

Ressaltasse que o necessário processo interpretativo não permite a Corte Constitucional usurpar competências legislativas, ainda que sob o argumento de que visa preservar direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

Apesar de alguns ministros do STF pretenderem conferir legitimidade democrática a atuação aqui questionada, entendemos que não é atribuição da Corte Constitucional produzir ou alterar normas jurídicas, ainda que diante da omissão do poder legislativo.

Não constitui objeto deste trabalho avaliar se tal atuação é ou não mais benéfica para a sociedade. No entanto, é importante ressaltar que este não é o modelo fixado pela Constituição da República Federativa do Brasil em 1988.

O impacto que esta regulamentação por parte do poder judiciário tem ou terá no Direito brasileiro ainda não pode ser mensurado, já que ainda não é possível afirmar quais são todas as conseqüências desta nova postura do Poder Judiciário.

Nesse contexto, o presente trabalho não esgota as discussões sobre o assunto, mas ao contrário pretende lançar mais luzes sobre o tema, para contribuir com o processo constante de consolidação da democracia, ideal que deve ser perseguido por todos aqueles que caminham nas linhas do Direito.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. Ver. E atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. **Constituição Federal**. Vade Mecum compacto/ obra coletiva de autoria da editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Maria Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes – 2 ed. Atual. e ampl., São Paulo, Saraiva, 2009.

BRASIL. **Lei de Introdução ao Código Civil**. Vade Mecum compacto/ obra coletiva de autoria da editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Maria Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes – 2 ed. Atual. e ampl., São Paulo, Saraiva, 2009.

BRASIL. **Súmula Vinculante n. 11. STF**. Vade Mecum compacto/ obra coletiva de autoria da editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Maria Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes – 2 ed. Atual. e ampl., São Paulo, Saraiva, 2009.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**; tradução Hermínio^a Carvalho. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. **O poder judiciário e(em) crise**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2008.

LAGES, Cíntia Garambini. **A proposta de Ronald Dworkin em “O Império do Direito”**. Revista da Faculdade Mineira de Direito. Belo Horizonte : PUC Minas, v.4, n°7e8, jan./jun. 2001.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Curso de história do direito** / José Reinaldo de Lima Lopes, Rafael Mafei Rabelo Queiroz, Thiago dos Santos Acca. São Paulo: Método, 2006.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento & cognição: uma inserção no estado democrático de direito**. Curitiba: Juruá, 2008.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **A teoria da separação de poderes**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 489, 8 nov. 2004. Disponível em:

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5896>>. Acesso em: 18 mar. 2009.

MELLO, Celso. **Discurso na posse do presidente Gilmar Mendes**. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/cms/listarNoticia.asp> Acesso em: 18 jan. 2010.

MENDES, Gilmar. **Voto na ADI 3510**. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/.../ADI3510GM.pdf> Acesso em 15 mai. 2009.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo/ Montesquieu**; Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. **Direito como integridade” e “ativismo judicial: algumas considerações acerca de uma decisão do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/33059/32237>> Acesso em: 18 abril 2009

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de juez. In: Doxa. N. 14 – 1993.

POGREBINSCHI, Thamy. **Ativismo Judicial e Direito: Considerações sobre o Debate Contemporâneo**. Direito, Estado e Sociedade, nº17, agosto-dezembro, 2000. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica- Departamento de Direito.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27 ed. Ajustada ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27 ed, rev., atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SILVEIRA, Maísa Cristina Dante da. **Interpretação judicial da lei: noções gerais e peculiaridades do sistema norte-americano**, 2004. Disponível em:<
www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/25283/24846>
Acesso em: 20 fev 2009.