

INTRODUÇÃO

O presente artigo propôs uma reflexão sobre o papel desempenhado pelos órgãos jurisdicionais pela visão da teoria de Ronald Dworkin, especialmente elencada na obra intitulada “*O império do Direito*”. Em apertada apresentação sobre o tema, foi apresentada uma análise da legitimidade da decisão construída, levando-se em conta o Estado de Direito em que se vive a sociedade brasileira contemporaneamente e posteriormente foi abordada a teoria do autor para resolver casos difíceis¹.

O foco de análise do assunto teve como arcabouço teórico o pensamento de Dworkin. Ressalte-se assim que, as demais obras citadas foram tratadas para tão somente esclarecer e confrontar o pensamento do citado autor. Neste sentido importante salientar que será claramente demonstrado o pensamento do seu opositor, H.L.A Hart que não considera a decisão judicial como parte de sua teoria do Direito.

Essa análise decorreu da percepção do papel mais ativo do Judiciário frente a natural concepção intervencionista do Estado que concebeu as normas caráter princípio lógico e finalístico² e ainda, pelo fato de repetidas vezes o judiciário extrapolar suas competências constitucionais para em prol de uma justiça social³. Porém, o risco de um órgão judiciário politizado atuar é grande, pois segundo, Tércio Sampaio Junior Ferraz: “Uma justiça politizada, ao contrário, compartilha da responsabilidade pelos resultados do uso da violência, fazendo do juiz um justiceiro”.

Embora o direito brasileiro tenha raízes na tradição romano-germanica, incorpora diversos outros institutos, combinando com o modelo anglo-saxão (*common law*), nessa perspectiva pode-se ressaltar o controle difuso de constitucionalidade, a introdução da súmula vinculante e o mais novo instituto de precedentes judiciais instituído pela lei 13.105/2015 – Código de Processo Civil/2015.

Ante o exposto, foi abordado à luz da teoria de Dworkin: o Estado de Direito, seu desenvolvimento e relacionamento/desempenho dos magistrados, bem como a possível

¹ Ocorre por exemplo, quando não há no caso concreto, regra que se aplica a tal no ordenamento jurídico, o magistrado então irá se deparar com o um caso difícil, diferente dos casos fáceis (*easy cases*), onde simplesmente com a regra o magistrado soluciona a lide, em tese, pragmática e analiticamente.

² CAPPELLETI, Mauro. Juízes legisladores?, trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p.40-41.

³ A Justiça limita-se a decidir sobre os direitos individuais. Quando se diz que não compete resolver questões políticas, o que se entende afirmar é que se não pode intrometer em assuntos, encarregados pela Constituição, ou por leis, a discricção de outro poder. DE MIRANDA, Pontes. Comentários à Constituição de 1946,3.edição, Tomo III, Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1960,p.206.

violação da democracia frente às decisões que tratam especialmente casos compreendidos como difíceis⁴.

Adotar-se-á, como marco teórico, processo constitucional no Estado Democrático de Direito, especialmente Ronald Dworkin, Luis Roberto Barroso, Marcelo Cattoni e Bruno Arneiro Soares, com pesquisa bibliográfica e o método hipotético-dedutivo jurídico.

1. A TEORIA DE RONALD DWORKIN

Muito embora alguns autores⁵ discordem de Dworkin, para ele, o conceito de Direito é interpretativo⁶, para isso compara o caráter interpretativo do Direito a uma obra literária, passada de mãos em mãos aos poucos pelo passado, presente e futuro, formando-se o que intitula de “*Romance em Cadeia*”. Em sua explanação, coloca os sentidos que se atribui as preposições do direito como importantes fatores para que o intérprete receba o texto e dê encaminhamento ao enredo. Dworkin salienta que alguns autores creem que caso seja constatada a existência de um caso difícil, ou seja, existência de dúvidas interpretativas é necessário propor uma solução por preposições abstratas e gerais. Esta provável resolução de conflito interpretativo conservador, de modo a reverenciar a separação de poderes e limitador da atividade jurisdicional, Dworkin denomina de originalista⁷.

Porém, Dworkin salienta que a resolução do conflito por preposições abstratas e gerais gera ao tutelado insegurança jurídica, visto que não traz uma única certeza, ao contrário, reverencia a separação de poderes e indecisão sobre a possível solução para o caso em tela.

No entanto, caso seja indispensável à citada via, Dworkin acredita que deve ser pautada por pela moralidade política de uma comunidade e não visando interesses do legislador:

qualquer justificativa para uma formulação e, portanto para um entendimento de que os constituintes pretenderam, deve ser encontrada na história na teoria política.

⁴ Os casos difíceis se apresentam, para qualquer juiz, quando sua análise preliminar não fizer prevalecer uma entre duas ou mais interpretações de uma lei ou de um julgado. DWORKIN, Ronald. O império do direito, Jefferson Luiz Camargo, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.306.

⁵ Exemplo é Dennis Petterson que critica a concepção de Dworkin de Direito, como interpretação, pois existe “entendimento inclusive do direito. Para Petterson, a única forma de não ser seduzido pela interpretatividade é por meio da assunção de que a normatividade das regras jurídicas reside na prática e não na interpretação. (PATTERSON, Dennis. Law and Truth, Oxford. Oxford University Press, 1996, p.88.

⁶ Os juízes devem decidir o que é o direito interpretando o modo usual, como os outros disseram o que é o direito. DWORKIN, Ronald. O império do direito, Jefferson Luiz Camargo, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.p.488.

⁷ Segundo essa corrente, os principais dispositivos da declaração de direitos devem ser interpretados como referencias, em códigos ou disfarçados, aos pressupostos e expectativas. DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-Americana, trad.Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006

(...) A ideia de que os juízes podem tomar decisões constitucionais apolíticas ao descobrir e impor a intenção dos constituintes é uma promessa que não deve ser cumprida. Pois os juízes não tem como descobrir essa intenção constitucional em vez de outra, isto é, sem tomar decisões de moralidade política que tinham como objetivo evitar. (DWORKIN,2005,p.77)

Sobre a moralidade, especialmente a política, Dworkin salienta que foi no último meio século do direito constitucional bastante investigada. Duas correntes foram criadas com esse debate (DWORKIN,2001,p.77).

Com essas considerações, percebe-se que o conceito de Direito enquanto interpretação exige que se recorra à moralidade política de uma sociedade, seja realizada de uma forma silenciosa como prevê os originalistas, ou seja, de forma explícita como argumenta. Verifica-se ainda que há um grande descompasso entre o que a moralidade verdadeiramente representa nas decisões judiciais e seu conceito perante os intérpretes do Direito (DWORKIN,2001,p.246-247).

Verifica-se ainda que o caráter interpretativo do Direito perante casos difíceis utilizando-se de moralidade política e instrumentalizada por elementos não expressos no próprio texto da norma poderá gerar imposição subjetiva do próprio intérprete, ou seja, pode causar insegurança jurídica e subjetividade na interpretação aos jurisdicionados.

Sobre esse tema, ressalta-se novamente que Dworkin defende respostas corretas e objetivas a estes típicos casos difíceis. Deve ainda, serem observados às dimensões de adequação e justificação do Direito de modo a ser concebido como íntegro⁸, pois o Direito não é flexível à opinião e vontade dos julgadores (SOLUM, 2003,p.553).

O direito como integridade para Dworkin é:

tanto sua interpretação abrangente quanto sua fonte de inspiração. O direito como integridade pede que os juízes continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso. Oferece-se como continuidade - e como origem - das interpretações mais detalhadas (SOLUM, 2003,p.553)

Para se chegar a essa conclusão, Dworkin salienta a importância da comunidade política, visto que:

o direito como integridade começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Com a aplicação deste, pretende-se justificar o que fizeram em uma história complexa, a de que a prática atual pode ser justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado (DWORKIN,2007,p.274).

Para justificar suas afirmações, Dworkin utiliza-se de exemplos. Sobre essa questão utiliza do caso *Brown Vs Board* que decidiu sobre a segregação racial nas escolas públicas dos

⁸ Lawrence Solum explica esclarece a importância dessas duas dimensões: adequação e justificação para resolver os casos difíceis.

Estados Unidos da América, pois mesmo tendo conhecimento de que a emenda foi positivada, os Juízes da Suprema Corte norte americana, decidiram que a segregação racial violava o princípio da igualdade. Dworkin argumenta que para a época, a aceitação da referida decisão foi bastante controvertida, tendo em vista a intenção dos constituintes em formularem tal emenda.

Neste sentido, Dworkin crê ser indispensável que os juízes sejam atentos, quando se trata de interpretação de princípios e a intenção do legislador a época que gerou a norma.

Por outro lado e prosseguindo ao que contextualizado, a dimensão da adequação proposta por Dworkin prevê que a interpretação deve fazer sentido com a história já escrita para que haja um mínimo da coerência no prosseguimento do “*Romance em Cadeia*”. Nesse sentido, ao interprete é proibido impor que a história tome rumo sem nexos, pois caso contrário o pilar essencial da adequação poderia ser ferido.

A dimensão da justificação exige que a escolha do intérprete seja a melhor em consideração a leitura e o texto em desenvolvimento, isto é, de forma que a moralidade política esteja presente e aproxima essa dimensão da justificação de juízos estéticos, que são usados para julgar obras de arte.

Para além do dilema positivista e realista entre descobrir ou inventar uma decisão, Dworkin defende que o raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva, de que o direito constitui a melhor justificação do conjunto de práticas jurídicas, a narrativa que faz de tais práticas as melhores possíveis. (CATTONI,2008,p.22)

Para ilustrar o intérprete cumpridor de todas as dimensões ora esclarecidas, Dworkin cria o “juiz Hércules”, que teria compreensão sobre-humana que possui a atribuição de aproximar-se o mais perto possível daquilo que podemos classificar como justo. Assim, através dos passos de Hércules, explora a atividade jurisdicional e aprofunda seus argumentos em defesa de sua tese.

2. AFINAL, O QUE SÃO “HARD CASES”?

O desenvolvimento da teoria sobre *hard cases* – casos difíceis foi iniciada com a publicação da obra intitulada “*O modelo de regras*”, em 1967 e posteriormente, afirmada em artigos jurídicos publicados (DWORKIN, 1967,p.14-66).

Inicialmente Dworkin esclarece que a preocupação com os *hard cases* não foi iniciada por ele, e sim, por Gottfried Wilhelm Leibniz em sua tese de doutoramento em 1666.

Porém, a classificação do que seja casos difíceis que diferencia um autor do outro é grande, já que nitidamente o contexto sociopolítico e econômico em que vivenciaram são completamente distintos (DASCAL,2008,p.47).

Guest sustenta que Dworkin atribuiu à expressão “casos difíceis” (*hard cases*) um novo sentido:

Um caso difícil “é uma situação no direito que dá origem a discussão genuína a respeito da verdade de uma proposição de direito que não pode ser solucionada por recurso a um conjunto de fatos evidentes determinantes da questão”.

Já Daniela Ikawa ao esclarecer este ponto explica que o termo *hard cases* utilizado por Dworkin, é sinônimo de lacuna da lei, utilizado pelos positivistas e por Herbert Hart (2004,p.91-113).

Porém, a teoria da decisão judicial não se aplica tão somente aos casos difíceis, decorre de uma situação mais abrangente que é a teoria geral do direito que também pode ser aplicado aos casos fáceis.

Vivenciamos a perplexidade e a angústia da vida, os temos não andam propícios para a vida, mas para o consumismo. O direito verdadeiramente vive uma crise existencial. De fato, a insegurança é característica da nossa era (BARROSO, 2009, p.02).

Nesse momento, o intérprete não pode beneficiar-se do distanciamento crítico em relação ao fenômeno que lhe cabe analisar. Talvez esta seja uma boa explicação para o recurso recorrente aos prefixos pós e neo: pós-modernidade, pós-positivismo que por uma rápida análise leva a crer serem conceitos indeterminados⁹ (MELLO, 2007,p.29).

⁹ O conceito jurídico indeterminado, entendido como um dispositivo vago e que também possibilita interpretação ampla, não depende de edição posterior de outra norma. É instituto de grande amplitude, ou de *fluidéz*, como caracteriza o jurista Bandeira de Mello em MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e Controle Jurisdicional. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 29.

3. CONSTITUCIONALIZAÇÃO (TARDIA) DO DIREITO NO BRASIL

Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi à atribuição da norma constitucional do status de norma jurídica (BARROSO, 2009, p.07).

A conquista de uma constituição expressava, segundo o roteiro da época, na luta contra o absolutismo e o poder arbitrário.

A experiência norte-americana, primeiro exemplo de uma Constituição escrita e solenemente ratificada, suscitava, acelerando as contribuições políticas e européias, o esboço possível da emancipação colonial mediante um estatuto supremo, redutível às próprias bases de uma nação independente (FAORO, 2008,p.169).

Após a declaração da independência dos Estados Unidos e a Declaração dos Direitos do Homem da França, foi proclamada a igualdade dos homens. Um largo espaço de tempo, com a emergência de novas classes sociais e grupos, antes tidos por subalternos e privados de voz, levou a que se ampliasse e se desse corpo à igualdade, por força da crescente participação no direito de votar e nas decisões públicas (FAORO, 2008,p.177).

A concretização de suas propostas ficava condicionada a liberdade, de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição (BARROSO, 2009, p.07).

Com o pós-guerra, o constitucionalismo marcou na Europa um novo direito constitucional que passou a influir sobre as instituições contemporâneas, produzindo uma nova forma de organização política. Nesse sentido, a principal referência no desenvolvimento de um novo direito foi, sem dúvidas, a Lei Fundamental de *Bonn* (Constituição Alemã de 1949), e especialmente a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951, local onde foi desenvolvida uma vasta produção teórica e jurisprudencial (BARROSO, 2009, p.03).

O Brasil entrou no processo constitucionalista pela porta que a Revolução do Porto abriu (1820), sempre retardado não só em relação aos Estados Unidos e à Europa sacudida pela Revolução Francesa, senão com referência à própria Península Ibérica. Ainda que, por um modelo contemporizador e conciliador, o ingresso no caminho constitucional foi irreversível (FAORO, 2008,170).

Porém, foi a Constituição da República de 1988 e seu processo de redemocratização que inicialmente foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro por vezes, autoritário, intolerante e malíssimo para um Estado democrático de direito.

A Constituição da República de 1988 – CR/88 marca o início do mais longo período de estabilidade institucional da história. Ao longo de sua vigência, nota-se que foram destituídos dois presidentes da República através do impeachment, foram deflagrados vários escândalos de corrupção, foi eleito um presidente de oposição e do Partido dos Trabalhadores, surgiram denúncias de financiamento de campanhas eleitorais envolvendo parlamentares e grandes empresas, em meio a outros graves episódios. Tem-se que em todos os fatos houve cumprimento à legalidade constitucional. (BARROSO, 2009, p.26).

Neste sentido, Raymundo Faoro argumenta que:

a constituição social, ou a constituição em sentido social, à qual se referia na Antiguidade, Aristóteles, não esgota o conceito de Constituição, mutilando, ao contrário, sua face moderna, jurídica, e normativa. A constituição em sentido jurídico, embora apoiada em na constituição social, que traduz e espelha as forças sociais e econômicas do país, ordena, organiza e transforma a realidade em sistema de normas e valores, capazes de ditar regras no campo do dever ser (FAORO, 2008,172).

Sob este ponto de vista, Faoro complementa o seu argumento, descrevendo que:

a constituição jurídica apela para o homem, como agente da história, homem apto a construir uma ordem política voluntária e consentida – artifício despido de arbítrio. Neste último aspecto é que se define o constitucionalismo moderno, voltado para o controle do poder, com os freios impostos à discussão dos governantes (FAORO, 2008,p.172).

No início da vigência da CR/88, surgiu um tímido sentimento constitucional que foi sendo aperfeiçoado, passando a desfrutar já não apenas da supremacia formal e material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de princípios, ganhando o discurso da sociedade e operadores do direito.

Em um ambiente de importantes normas gerais, como o Código Civil, Código Tributário Nacional, a CR/88 tem desempenhado não apenas um sistema em si – com sua ordem, mas também, um modo de olhar e filtrar interpretações. Esse fenômeno identificado por filtragem constitucional¹⁰ que repercute diretamente na comunidade atingida por determinado assunto, mais também, sobre os diferentes Poderes estatais, pois a constitucionalização pode ser exercida, de modo difuso por juízes e tribunais e concentradamente pelo Supremo Tribunal Federal.

¹⁰ A noção de filtragem constitucional toma como ponto de partida a noção de preeminência normativa da Constituição, mas, todavia com ela não se confunde. A preeminência normativa da Constituição, partindo da concepção do Pacto Fundante como ordem normativa superior e vinculante, expressa a idéia de que toda a ordem jurídica deve ser lida à luz da Carta Fundamental e passada pelo crivo, de modo a eliminar as normas que se não conforme [...] CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital apud SCHIER, Paulo Ricardo, op. cit. 1999, p.88.

Muito embora haja consenso de que cabe ao Judiciário pronunciar a invalidade de enunciados normativos incompatíveis com o texto constitucional, não cabe a ele utilizando equivocadas técnicas de análise constitucional, inovar a ordem jurídica, criando comandos até mesmo inexistentes.

A sociedade contemporânea parece valorizar, de um modo generalizado à especialização do conhecimento. Sociedades mais complexas implicam em matérias legais igualmente complexas. A questão que se coloca diante do uso de técnicas e complexidade dos casos em debate é se os juízes especializados estariam em melhor posição para “*fazer justiça*”¹¹ de forma competente, eficiente e expediente (SILVESTRI,2014,p.166).

4. O SURGIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em 1808, tendo em vista a mudança da casa real portuguesa para o Brasil, o príncipe regente d. João VI criou, em 10 de maio de 1808, a Casa da Suplicação, sediada no Rio de Janeiro, nos mesmos moldes que a existente em Lisboa, isto é, o julgamento de pleitos em última instância sem que fosse possível o cabimento de recurso contra suas decisões.

Criado por Lei Imperial em 1828 e instalado em 9 de janeiro de 1829, a Casa da Suplicação foi substituída pelo Supremo Tribunal de Justiça, tendo como seu primeiro presidente o ministro José Albano Fragoso. Em sua primeira composição, o Supremo Tribunal de Justiça era integrado, inclusive, pelo monsenhor Pedro Machado Miranda Malheiro, demonstrando, ainda, os fortes vínculos entre Igreja e Estado.

A Casa da Suplicação foi extinta e substituída pelo citado Supremo Tribunal de Justiça, porém, continuou existindo, até 1833, quando se estabelece o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro¹².

A criação do Supremo Tribunal de Justiça deu-se já na vigência da Constituição Imperial de 182, composto de 17 membros, sendo cinco portugueses e 12 naturais do Brasil. Entretanto, somente com a outorga pelo imperador é que o Tribunal teve previsão constitucional no seu artigo 163, *in verbis*:

¹¹ Sobre o significado do termo, Perelman (1999), define *Justiça* em sua face mais abstrata e geral, como “um princípio de ação segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma”. Neste sentido, o magistrado tem o dever de tratar os seres de uma mesma categoria da mesma forma, de modo que haja satisfação mútua.

¹² Tribunal da Relação do Rio de Janeiro pode ser comparado ao Tribunal Federal de Recursos, que foi, com o advento da Constituição de 1988, substituído pelo Superior Tribunal de Justiça e pelos Tribunais Regionais Federais, respectivamente.

Na Capital do Império além da Relação que deve existir, assim como nas demais Províncias, haverá também um Tribunal com a denominação de Supremo Tribunal de Justiça — composto de Juízes Letrados tirados das Relações por suas antiguidades; e serão condecorados com o Título do Conselho. Na Primeira organização poderão ser empregados neste Tribunal os Ministros daqueles, que se houverem de abolir.

Nelson Jobim, ao palestrar sobre a estrutura histórica do STF, afirma que:

os republicanos não podiam trair a memória da unidade nacional. O que fazer se estavam caminhando para um federalismo radicalizado para destruir o militarismo imperial e a memória do império; precisavam criar naquele federalismo justiças locais, juízes estaduais, assembleias legislativas estaduais, constituições estaduais, precisavam eles assegurar que por via da decisão judicial pudessem manter sua unidade nacional. Solução: Supremo Tribunal Federal. Justiça às partes, justiça nos Estados. Supremo Tribunal Federal: órgão exclusivo de manutenção da unidade nacional. Este foi o grande sentido da criação do STF, uma corte da federação para assegurar as leis federais e a constituição federal por sobre as dos eventuais autonomismos estaduais, e assegurar com o perfeito controle de fronteiras, na linguagem de campos Salles, a vigência do direito federal por sobre as autonomias estaduais (JOBIM, 2003,p.122-133)

Curioso notar que neste artigo foi permitido o aproveitamento dos juízes da Casa da Suplicação do Brasil no Supremo Tribunal de Justiça e que a investidura constitucional destes veio somente com a edição da Constituição de 1891, pois o STF foi criado inicialmente por decreto.

Desde o seu surgimento, existia ainda um interesse para transformar o Supremo Tribunal de Justiça em Corte Constitucional à semelhança da Suprema Corte americana.

Neste sentido, Luis Felipe Lopes Boson descreve:

Nossa primeira Constituição previa, na estrutura judiciária, a existência de um Supremo Tribunal de Justiça. A ideia de transformação desse Supremo Tribunal de Justiça em algo semelhante à Suprema Corte Americana é antiga e veio do Império. Em 1888, D. Pedro II, que já tencionava transferir seu poder moderador a tal Corte, envia dois de seus conselheiros, um dos quais o famoso Conselheiro Lafaiete, a Washington para estudo daquele Tribunal. A transformação veio com a República, que cometeu, contudo, o erro de aproveitar todos os ministros do antigo Supremo Tribunal de Justiça, que, até por questão de formação e mentalidade, não estavam preparados para o exercício das novas funções que lhe reservava o novo Regime (FIUZA, 2002,p.177).

Assim, o Supremo Tribunal Federal, ou simplesmente STF, foi criado pelo Decreto nº 48 de 11 de outubro de 1890, editado pelo Governo Provisório da República, e teve sua previsão constitucionalmente assegurada na Carta Política de 1891 que estabelecia:

Art 55. O Poder Judiciário da União terá por órgãos um Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e tantos Juízes e Tribunais Federais, distribuídos pelo País, quantos o Congresso criar.

Art 56. O Supremo Tribunal Federal compor-se-á de quinze Juízes, nomeados na forma do art. 48, nº12, dentre os cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado.

Sob a inspiração da Corte Suprema americana, o STF foi criado com a missão de proteger os direitos fundamentais individuais dos cidadãos brasileiros contra os eventuais abusos do Poder Executivo e proteger a federação dos arroubos descentralizadores daqueles que haviam defendido a República.

Essas tarefas, não foram facilmente exercidas pelos membros que compõem o novo Tribunal, especialmente porque os ministros possuíam outras atribuições na esfera política e não estavam acostumados a enfrentar questões de Estado¹³.

Instalada a nova Corte, inúmeros casos são lançados às portas do STF envolvendo as primeiras vítimas das turbulências e truculências do Poder Executivo.

Diante do exposto, percebe-se, portanto que desde sua criação, o Supremo foi incumbido de proteger a unidade nacional. E que, ao passar dos anos, o fortalecimento intelectual da instituição permitiu ao STF o cumprimento da sua missão de proteger as liberdades individuais sem enfraquecer a unidade nacional.

5. O USO DESENFREADO DE PRINCÍPIOS PELOS MAGISTRADOS E A ANÁLISE DE HARD CASES PERANTE O STF

O profissional do Direito, ao construir soluções para os casos, tem o dever objetivo analítico. Não basta elogiar, criticar ou usar de intuições, é necessário respeitar as instituições existentes, do contrário voltaremos à era ditatorial arbitrária vivenciada anteriormente a promulgação da Constituição.

Na hipótese do magistrado sustentar sua fundamentação em textos normativos de extrema indeterminação objetivando especialmente decidir sobre casos difíceis, onde não “encontra” saída, tem de suportar ônus regulador.

A reflexão é válida na medida em que se vive hoje um ambiente de “*geleia geral*” no direito brasileiro, em que princípios vagos podem justificar qualquer decisão de modo que se tem o debate jurídico deteriorado (Sundfeld, C. Ari, 2012, p.205).

Neste sentido, importante salientar que há dois sentidos para “princípio” no Direito: o de norma inicial e o de norma principal. Os princípios não precisam necessariamente escritos. Na prática, o que se reconhece como princípio são lugares comuns.

¹³ Aliado a esse dado, nem todos os componentes do STF possuíam formação jurídica. Ademais, com destaque ao barão de Lucena — passaram por cargos de maior ou menor relevância no Poder Executivo, uma vez que a Constituição de 1891 não vedava o afastamento do juiz para cargos no Executivo, e atuaram como chefes ou delegados de polícia.

Por ter uma missão de proteger as liberdades individuais sem enfraquecer a unidade nacional, historicamente, o Supremo Tribunal Federal utiliza-se com frequência a segurança jurídica e poder de polícia como fundamentos de suas decisões, não parecendo haver vozes contrárias para essas opções, isso porque as pessoas estão cada vez mais dispostas a levar os princípios a sério como fonte de direito (SUNDFELD, 2012, p.211-212).

A clássica e falsa compreensão de que seria viável ao Judiciário assegurar direitos sem extrapolar os limites da sua missão, mas ele não é o Legislativo em a Administração, e não pode substituí-los em tudo. Por isso, não há como construir todo e qualquer tipo de direito, não lhe cabe construir, lhe cabe analisar o caso concreto e observar especialmente os pilares constitucionais para decidir.

Além do uso excessivo de princípios para fundamentar decisões, há também o recorrente uso indiscriminado de jurisprudências que ao longo do tempo, vem elaborando parâmetros para definir a extensão da competência do Judiciário.

Sobre o assunto Carlos Ari Sunfeld, argumenta que:

Não existe fundamento para a presunção absoluta de que é o judiciário, e não de outros órgãos, o poder de, a partir de princípios, formular soluções jurídicas específicas (Sunfeld, C. Ari, 2012,p.219).

Nesse sentido, percebe-se primeiramente que este cenário advém de alguns fatores. O primeiro se deve ao fato de que no âmbito interno brasileiro, inegavelmente, com a promulgação da Constituição da República de 1988, foi trazida uma interessante proposta social de Modelo de Estado Constitucional. Em seu artigo 1º, a terminologia “Estado Democrático de Direito” é constituída por fundamentos sociais embasados em princípios, tais como: ampla defesa, contraditório, devido processo legal, que deve aparecer como uma espécie de qualidade, de característica, de paradigma jurídico (BRASIL, 1988).

E como consequência do amplo acesso à justiça, a vigente Constituição já foi remendada, até a data que escrevo estas linhas, 93 (noventa e três) vezes, repercutindo uma litigiosidade massificada, com inúmeras demandas semelhantes ajuizadas pelos mais diversos litigantes.

Curioso que em nenhuma ocasião o povo, do qual emanam todos os poderes, como declara enfaticamente o texto do artigo 1º, parágrafo único, foi consultado. A participação efetiva do povo no processo constituinte aliás, sempre foi tida como extravagante, se não francamente subversiva, em nosso meio político.

Com simultâneo desconhecimento profundo dos objetivos da norma e interesse em solucionar a lide posta em debate, o povo dá sinais inquietantes para os defensores do

tradicional domínio oligárquico, criando-se assim, uma verdadeira “enxurrada” de ações, pois a legislação oferece possibilidades legais para tanto. Muitas são as formalidades e etapas que prolongam desnecessariamente o processo, servindo, inclusive, como uma forma de proteção do Judiciário, por criar, em detrimento do jurisdicionado, requisitos de admissibilidade cada vez mais rígidos, o que dificulta a apreciação de mérito de pretensões legítimas (SOARES,2014).

Em segundo lugar, percebe-se que as relações sociais tornaram-se complexas e demandam a todo o momento ajustamento do direito material em que a primeira manifestação nessa dinâmica, historicamente, veio com a própria atuação da jurisprudência e da doutrina, tentando preencher lacunas no âmbito do direito material. Subsequentemente, o próprio legislador, como ordinariamente aconteceu, acabou por reconhecer o fato consumado, materializando ou positivando aquilo que a prática vem fazendo valer. E a necessidade de implementar o ordenamento com instrumentos aptos a tornar eficazes, ou seja, efetivas e concretas, aquelas situações substanciais que vêm sendo tuteladas juridicamente. Aí entra a função do processo e, por conseguinte, do processualista.

E em terceiro e último lugar, a percepção de que no Brasil só tardiamente se começam a produzir estudos sobre o ponto de equilíbrio entre a supremacia da Constituição e interpretação constitucional pelo Judiciário. O texto prolixo da Constituição, a disfuncionalidade do judiciário e sua ineficiência e ainda, a crise de legitimidade que envolve o Legislativo tornam a tarefa complexa.

No entanto, embora o processo, especialmente, civil brasileiro tenha tido ao longo dos anos várias reformas, o *iter-procedimental* encontra-se ainda adstrito à sua concepção original, de um processo individual.

Neste contexto, os Tribunais de Justiça dos Estados, se veem sobrecarregados de processos, não conseguem prestar a tutela jurisdicional efetiva, seja em razão da morosidade, seja em razão da complexidade dos fatos, deixando a cargo do STF este desafio, por entenderem que como órgão especializado deve solucionar os chamados “*hard cases*”.

Exemplo dessa situação é a pendência de julgamento sobre as pessoas que buscam recompor perdas geradas com planos econômicos dos anos 80 e 90, que está prevista para atual gestão da Ministra Carmém Lúcia¹⁴.

¹⁴ Notícia obtida por meio do sítio eletrônico da Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://amaerj.org.br/noticias/eleicao-para-oficializar-carmen-lucia-como-presidente-do-stf-sera-dia-10/>> Acesso em 08 dez 2016.

Por outro lado, tem-se esporadicamente, a análise de processos pequenos, denominados “*easy cases*”, como por exemplo, sobre indenização por danos morais e materiais em torno de um saco de pães de queijo no valor de R\$ 5,69, pois um supermercado que vendera o produto mofado era de R\$ 5 mil (CARNEIRO,2013).

Como consequência, vive-se verdadeiramente uma crise judiciária brasileira, onde resta ao STF processos que necessitam de uma análise detida dos fatos e encontram-se pendente de avaliação há anos de cunho tanto legislativo, quanto realmente judicial, como é o caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade que, pendente de julgamento há mais de 10 anos, que contesta o decreto que regulamentou o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por quilombolas.

Diante do exposto, apesar de se debater tanto que os Tribunais superiores, especialmente o Supremo Tribunal Federal estarem abarrotados de processos, vê-se que não há critérios acertados para definir competências judiciais, não há realmente uma especialidade tanto fática, quanto material dos casos que lá se chegam.

CONCLUSÃO

Vive-se uma associação cada vez mais estreita dos tribunais à elaboração legislativa, crítica que já enunciava uma concepção demasiado ampla da esfera política interdita à ingerência do judiciário.

A supremacia política do judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal, conquistada a expensas do Legislativo e de Tribunais Superiores deve-se pela especialidade de análise que o órgão possui para analisar as normas constitucionais.

Os juízes ao julgarem com princípios e exercer função superficialmente regulatória e os parlamentares ao tratarem de assuntos que lhe convém, estão omitindo no dever de debater com consistência as normas, de tratar verdadeiramente os “*hard cases*” em tela, desprezando superficialmente as políticas legais, em favor de outras soluções.

Essa abordagem deságua em outro tema extremamente importante como referiu Cappelletti: é possível, num regime democrático, que indivíduos (os juízes) ou grupos (os corpos judiciários), relativamente isentos de responsabilidade e que não sejam escolhidos pelo povo, possam impor sua própria hierarquia de valores e suas predileções pessoais ao interpretar as disposições constitucionais, cuja vagueza semântica não precisa ser lembrada? (CAPPELLETI, 1990,p.215-216)

Ante o exposto, não obstante a vigência da Constituição da República há mais de 25 anos, constata-se a inexistência de um sólido alicerce democrático em que avultam o debate lógico, sistêmico e formal nos Tribunais de Justiça espalhados pelo país, visto que atualmente não existem balizamentos à atuação do Tribunal Constitucional brasileiro.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital apud SCHIER, Paulo Ricardo, op. cit. 1999, p.88.

CAPPELLETI, Mauro. Juízes legisladores?, trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p.40-41.

CARNEIRO, L. O caso dos pães de queijo julgado no STF. Disponível em: <http://jornalggm.com.br/noticia/o-caso-dos-paes-de-queijo-julgado-no-stf>> Acesso em 08 dez 2016

CATTONI, Marcelo. Ronald Dworkin: de que maneira o direito se assemelha à literatura? In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo Copetti (Orgs.). *Direito & Literatura: ensaios críticos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 22.

DASCAL, M (ed.), *Leibniz: What Kind of Rationalist?*. Dordrecht: Springer, 2008, p.47.

DE MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1946*, 3.edição, Tomo III, Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1960, p.206.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-Americana*, trad.Marcelo Brandão Cipolla.São Paulo: Martins Fontes, 2006

_____. *O império do direito*, Jefferson Luiz Camargo, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.306/488.

_____. *Uma Questão de Princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges; revisão técnica Guido Sá Leitão Rios; revisão da tradução Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

FIÚZA, César (Coord.). *Direito processual na história*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

IKAWA, Daniela R. Hart, Dworkin and discretion. *Lua Nova* (online). 2004, n. 61, p. 91-113. Disponível em: . Acesso em: 08 dez 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 29.

PERELMAN, C (1999) *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes.

SILVESTRI, E. *Judicial Specialization: In search of the 'Right' Judge for Each Case?*. *Russian Law Journal*. 2014.p.165-175.

SOARES, A. Bruno (2014). *O incidente de resolução de demanda repetitiva do projeto de lei do novo Código de Processo Civil: meio assecuratório da razoável duração do processo*. (Monografia de Pós Graduação, Escola de Direito de Brasília. Recuperado a partir de: http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1517/Monografia_%20Bruno%20Arneiro%20Soares.pdf?sequence=1. p.09. Acesso em: 08 dez 2016

SOLUM, Lawrence B. *The unity of interpretation*, *Boston University Law Review*.v.90

Un probleme majeur: controle juridictionnel des lois et principe de democratie. *Etude de Droit Comparé*, in *Le Pouvoir de Juges*, trad. René David, Paris. Ed. Economica, 1990, p.215-216.