

Ambiente contemporâneo, positivismo e juiz ordinário



José Carlos Francisco

Professor na Universidade Mackenzie/SP. Membro do Instituto Pimenta Bueno (Associação Brasileira dos Constitucionalistas). Diretor do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais – IBEC. Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo – USP. Pós-Doutor pela Université de Paris 1 (Panthéon-Sorbonne). Juiz Federal na 3ª Região.

SUMÁRIO: 1. Introdução e objetivo. 2. Quadro sociológico: sociedade de risco global e modernidade líquida. 3. Quadro legislativo: crise, abstração e paradoxo. 4. Quadro histórico: positivismo e justiça material. 5. Traços do juiz ordinário. 6. Consequências dos quadros na atuação do juiz ordinário. 7. Conclusão: excessos e necessidade de controle. Bibliografia.

1. Introdução e objetivo.

A realidade contemporânea é marcada por ambiente globalizado, sujeito a intensas mudanças e cercado de incertezas, aspectos que também se refletem no elevado número de ações judiciais cujas lides evidenciam grande diversidade acentuada pelas dimensões continentais do território brasileiro. Voltando os olhos para os abundantes textos normativos e para as construções doutrinárias que podem iluminar o caminho para a solução das lides judicializadas, os juízes ordinários muitas vezes se deparam com preceitos normativos de elevada abstração sob os quais transcendem apelos históricos

reclamando que a atividade jurisdicional seja construtiva e promotora de justiça social.¹

O objetivo deste estudo é demonstrar algumas razões pelas quais, de modo intuitivo ou de maneira consistentemente assentada em teorias jurídicas, juízes ordinários brasileiros caminham por uma postura que se serve da abertura do ordenamento para flexibilizar o positivismo jurídico, prestando jurisdição balizada pelo elemento normativo mas também da sob a influência de valores morais e

1 Denominamos “juízes ordinários” aqueles que atuam em primeira e segunda instância do Poder Judiciário brasileiro. Focamos nosso estudo nesses juízes dada a capilaridade da tarefa jurisdicional que prestam e, por isso, da proximidade que têm com as pessoas que ingressam com ações judiciais.

de aspectos socioeconômicos das sociedades para as quais se dirige a prestação jurisdicional, com algumas virtudes e riscos inerentes a essa atitude.

Para o desenvolvimento deste estudo, inicialmente analisaremos o quadro sociológico do ambiente contemporâneo (com a sociedade de risco global e modernidade líquida), para depois cuidarmos do quadro legislativo que exhibe crise no processo de produção de normas pelo Parlamento, levando ao aumento do grau de abstração dos preceitos normativos, analisando na sequência o quadro histórico que leva à flexibilização do positivismo em favor da busca de justiça material na atividade jurisdicional. Essa flexibilização encontra receptividade no perfil do juiz ordinário brasileiro, o que nos levará à conclusão quanto à necessidade de fixação de parâmetros de controle para essa tarefa ativa dos magistrados a fim de evitar excessos.

2. Quadro sociológico: sociedade de risco global e modernidade líquida.

O processo social sempre gerou transformações de ideias e de valores no âmbito das sociedades e de suas organizações públicas e privadas, mas os registros históricos facilmente permitem verificar o aumento de intensidade e de velocidade dessas transformações nas últimas décadas. Com o surgimento da Idade Moderna (primeira era da modernidade ou modernidade sólida), o mundo ocidental (ou ocidentalizado) viu a passagem da sociedade feudal e agrária para a sociedade capitalista e industrial, de tal modo que essa sociedade industrial passou a exibir uma nova forma de produção e de repartição de bens e de riqueza e, também, um novo modelo de relação que buscava a convergência de ideias, formando um conjunto estável de valores e modos de vida cultural e político padronizados. Mas no final do século XX e no início deste século, as novas ideias são atropeladas pelas ideias ainda mais novas, num ambiente global com níveis de interde-

pendência e de integração inimagináveis há algumas décadas.

O ambiente contemporâneo (segunda era da modernidade ou modernidade líquida) é marcadamente descentralizado, individualizado, pluralista, complexo e interligado, servindo-se de novas tecnologias de comunicação, internet, bibliotecas virtuais etc., que intensificam as relações socioeconômicas e movem os fatos, valores e ideias em velocidade alucinante. Enquanto na sociedade industrial a lógica da produção de riquezas tinha ascendência em relação aos riscos vividos, na segunda era da modernidade essa relação se inverte de modo que o elemento dominante é a incerteza, consequência desse contexto interdependente e integrado, complexo e dinâmico. Atualmente o risco está em toda parte, as incertezas não são situações episódicas, mas sim a rotina, proporcionando novas formas relacionamento e de comportamento, pois vivemos indefinições em diversas dimensões (presentes e futuras) já que há uma série de manifestações e de medidas que antecipam riscos, levando os seres humanos a viverem constantemente elaborando e reelaborando mecanismos com os olhos no amanhã.²

Na segunda era da modernidade, a distribuição dos riscos não mais corresponde às diferenças de ordem social, econômica e geográfica que marcaram as sociedades até o início do século XX. Nesse ambiente mundializado, a sociedade de risco toma proporções globais que atingem a todos (embora os riscos não sejam iguais para todos), já que vivemos

2 Sobre o tema, BECK, Ulrich. *La société du risqué: sur la voie d'une outré modernité*. Paris: Aubier, 2001, para quem a noção de risco é entendida a partir da passagem de uma sociedade de penúria (preocupada com uma melhor divisão das riquezas) para a sociedade de risco (cujo objeto central de preocupação é a divisão dos riscos). Para Ulrich Beck, risco não significa necessariamente medo ou pura ameaça, mas uma probabilidade, um perigo derivado de uma decisão de enfrentamento de algo. Ainda sobre o assunto, BECK, Ulrich. *A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva*. In: GIDDENS, Anthony. *Modernização reflexiva*. São Paulo: UNESP, 1997, e GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991.

incertezas num mundo diferente (e não propriamente pior se comparado com a primeira era da modernidade). Com a globalização, os riscos e as ameaças vividos em um país têm potenciais para se refletirem de modo imediato e intensidades similares em outros países. Esse conjunto de riscos tem potencial para proporcionar uma nova forma de capitalismo, uma nova forma de economia, uma nova forma de sociedade, uma nova forma de vida pessoal e uma nova forma de ordem global.³

Por óbvio que nessa modernidade líquida, a grande volatilidade dificulta a estabilidade dos planejamentos estatais e das gestões socioeconômicas, de tal modo que a falta de segurança, de certeza e de garantia transforma a sociabilidade humana, enfraquecendo os sistemas de proteção estatal às mudanças da vida, gerando um permanente ambiente de incerteza e de provisoriedade.⁴ Um dos maiores desafios da atualidade é desenvolver mecanismos estatais de governança e medidas normativas capazes de proporcionar estabilidade e de abrigar a confiança legítima dos indivíduos em relação às atividades estatais.⁵

Como as mudanças são inerentes à continuidade da sociedade e do Estado, a confiança legítima se situa a meio caminho entre o reconhecimento da necessidade das mudanças estatais e o direito à continuidade das atividades dos cidadãos e demais agentes da sociedade, vale dizer, procura equilibrar segurança e alterações necessárias. É muito difícil atribuir valor jurídico às promessas da Administração Pública, não porque as vicissitudes do comportamento político possam gerar pouca credibilidade, mas também porque, nesse ambiente de incertezas, a provisoriedade se torna uma necessidade.⁶

3. Quadro legislativo: crise, abstração e paradoxo.

Esse contexto complexo, dinâmico, pluralista e de risco se soma aos tradicionais conflitos ideológicos e de interesses (maiorias e minorias) que marcam a composição dos poderes políticos, ampliando o desafio de produção de preceitos constitucionais e de preceitos primários (sobretudo leis). O processo normativo convencional tem se mostrado ineficiente para a normatização eficaz de alguns setores (sobretudo temas de conjuntura socioeconômica), tendo em vista que o nível de detalhamento imposto pela realidade exige dados técnicos em ebulição na sociedade de risco e na modernidade líquida, aspectos que fogem ao domínio natural das composições legislativas que refletem as diversidades e os conflitos sociais e econômicos. Quanto mais detalhada for a lei, mais rapidamente

3 Os riscos econômicos foram “internacionalizados” sobretudo em razão do fluxo financeiro do mercado de capitais e de empreendimentos transnacionais, tornando altamente volátil e instável planejamento e gestão de políticas macroeconômicas pelos governos nacionais. Sobre a internacionalização da incerteza, BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial*. En busca de la seguridad perdida. Barcelona: Paidós Ibérica, 2008, analisa os riscos do século XXI e sua utilização para fins políticos, passando pelo terrorismo e por mudanças climáticas, num contexto no qual o medo se mostra como um ditador dessa era, e que transforma a linguagem política.

4 Sobre o tema, BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998 e *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

5 Sobre novos modelos de governança, CHEVALLIER, Jacques. *L'État post-moderne*. 3. ed. Série Politique. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence – LGDJ, 2008. A propósito dos desafios para proporcionar a proteção da confiança legítima, ANTHONY, Gordon. Procedure, substance, and proportionality: legitimate expectations. *United Kingdom Administrative Law, European Review of Public Law* - Spetses, London: Esperia Publications Ltd., v. 15, n. 4, winter 2003; CALMES, Sylvia. *Du principe de protections de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*. Paris: Dalloz, 2000; LUENGO, Javier García. *El principio de protección de la confianza en el derecho administrativo*. Madrid: Civitas,

2002; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. El principio de protección de la confianza legítima como supuesta tutela justificativa de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador. In: *Estudios de derecho público económico*. Libro homenaje al Profesor Sebastián Martín Retortillo. Madrid: Civitas, 2003; e WEBER-DÜRLER, Beatrice. *Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Habilitations-schrift*. Verlag Helbing & Lichtenhahn, Basel und Frankfurt am Main, 1983.

6 Sobre as promessas da Administração Pública, FICKLER-DESPRES, Odile. Les promesses de l'administration. *La Semaine Juridique - Juris-Classeur Periodique*, Édition Générale, 1998-1, 104.

ela deverá ser alterada em face do processo social dinâmico, configurando a crise dos Parlamentos como constituintes e legisladores hábeis para todos os assuntos.

Assim, embora a diversidade seja uma das maiores virtudes dos Parlamentos democráticos, as diferenças culturais e ideológicas vividas entre Vereadores, Deputados e Senadores (p. ex.), associadas ao universo de incertezas e de provisoriedade da vida contemporânea, criam obstáculos à necessidade de dinamismo e tecnicismo exigidos pela normatização governamental que rege diversas áreas de atuação do Poder Público. Há diversas medidas que tentam enfrentar esse desafio, destacando-se a reserva legal e a legalidade e a ampliação do grau de abstração dos preceitos normativos com o emprego de princípios e de conceitos jurídicos indeterminados.

No que concerne à legalidade e à reserva legal, desde as primeiras e principais experiências democráticas modernas, os ordenamentos constitucionais reconhecem que certas matérias (em regra as relevantes) ficam sujeitas apenas às leis (atos normativos primários, elaborados com a participação direta do Poder Legislativo), vale dizer, “devem” ser objeto de lei. De outro lado, outras matérias (geralmente menos importantes) “podem” ser objeto de lei (que terá precedência sobre os demais atos normativos), mas, em não sendo tratadas ou detalhadas por atos legislativos primários, esses temas podem ser cuidados por atos normativos secundários (geralmente regulamentos) editados “em virtude de lei” (consoante previsto no art. 5º, II, da Constituição de 1988). Sendo “exigida” lei, temos reserva legal (reserva legal absoluta ou estrita legalidade); sendo “facultado” tratar o assunto por lei, ou, na sua ausência, mediante outros atos normativos editados em “virtude de lei”, encontramos a legalidade (ou reserva legal relativa).⁷

⁷ Sobre legalidade e reserva legal, TREMEAU, Jérôme. *La réserve de loi – compétence législative et constitution.*



Contudo, mesmo em temas de reserva legal absoluta, a dinâmica contemporânea (da sociedade de risco e da modernidade líquida) também foi um dos fatores que levou ao emprego de princípios e de conceitos jurídicos indeterminados nas ordens constitucionais e infraconstitucionais.⁸ É sabido que todas as

Paris e Aix-en-Provence: Economica et Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1997. Note-se que temas confiados à reserva legal absoluta (sujeitos a atos normativos primários) podem ser transferidos para tratamento mediante atos normativos secundários apenas se houver autorização constitucional expressa nesse sentido, tendo em vista que o art. 1º, parágrafo único, da Constituição de 1988, implicitamente prevê o princípio da indelegabilidade de competências entre entes públicos (todo poder emana do povo, de modo que órgãos e instituições públicas não exercem poder próprio, mas sim delegado pelo povo, de modo que poder delegado não pode ser subdelegado sem autorização do legítimo titular do poder).

⁸ O emprego de princípios e de conceitos jurídicos indeterminados em diplomas normativos também se deve a outros fatores, destacando-se o fato de que, após o fim da Segunda Guerra Mundial, muitos sistemas jurídicos foram materialmente construídos a partir de ordenamentos constitucionais (que deixaram de ser apenas referências formais para a produção normativa) e da importância de princípios fundamentais que refletiam valores predominantes da ordem internacional (também estampados em documentos como declarações de direitos produzidas por entidades como a Organização das Nações Unidas).

disposições normativas são abstratas, embora os níveis de abstração sejam diversos dependendo do nível das fontes do ordenamento, mas o conteúdo dos princípios e de conceitos jurídicos indeterminados tem forma aberta (com elevada abstração e baixa densidade normativa), daí porque proporcionam maior plasticidade ou elasticidade aos comandos normativos.⁹ O aumento do grau de abstração dos comandos normativos não resulta necessariamente em abdicação do papel de agente normativo por parte do Constituinte ou do Legislador, pois os temas mais relevantes costumam ser tratados de modo analítico pela Constituição ou pela lei em sentido estrito (reserva absoluta da lei).¹⁰

Como consequência da reserva legal - legalidade e da ampliação do grau de abstração dos preceitos normativos (princípios - conceitos jurídicos indeterminados), há flexibilidade dos conteúdos normativos quando traçam linhas gerais ou diretivas sobre as matérias, o que abre espaço para o avanço dos correspondentes atos normativos subordinados (especialmente regulamentos do Poder Executivo) e, também, para o processo interpretativo. Quando esse espaço deixado pela Constituição e pelos atos primários é ocupado por correspondentes atos normativos

subordinados, verificam-se respectivamente a desconstitucionalização e a deslegalização (aplicadas de maneira formal ou informal em vários países), sobretudo com o aumento das competências regulamentares.¹¹ Por sua vez, é possível dizer que a interpretação sempre fez parte do processo legislativo, representando a última fase na qual as previsões abstratas são ajustadas aos fatos e circunstâncias concretas, mas o aumento do espaço normativo a que nos referimos acentua o papel do intérprete (especialmente das Cortes de Justiça) na complementação do trabalho normativo.¹²

Além disso, surgiram novos modelos de alianças entre os países para evitar conflitos multilaterais ou bilaterais e para facilitar a cooperação entre os povos e países, gerando instituições supranacionais (como a Organização das Nações Unidas) e tratados socioeconômicos regionais que buscaram a paz pelo comércio (p. ex., os tratados que deram origem à atual União Europeia).¹³ Como modo de

9 BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. dos Santos. São Paulo: Polis; Brasília: Universidade de Brasília, 1989, p. 40, destaca o aumento da abstração cada vez que se sobe no nível das fontes do ordenamento, quando as normas se tornam menos numerosas e mais genéricas, e descendo, ao contrário, as normas tornam-se cada vez mais numerosas e mais específicas.

10 Obviamente os princípios e conceitos jurídicos indeterminados não representam “cheque em branco”, pois ambos impõem limites. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 143 e seguintes, tratando dos métodos de interpretação constitucional evolutiva sem reforma formal da Constituição, tanto no Direito americano quanto no brasileiro, observa que esse processo deve ser aplicado com limites, representados pelo próprio texto constitucional (pois a abertura da linguagem constitucional e a polissemia de seus termos não são absolutas, devendo ser respeitados seus significados mínimos) e os princípios fundamentais do sistema constitucional (que são intangíveis, de modo que as alterações não podem violar os programas constitucionais).

11 A desconstitucionalização, a deslegalização, a delegação legislativa, a desregulação, a desnacionalização e a desburocratização são consequências de um mesmo fenômeno pelo qual se verifica a diminuição da capacidade normativa do Legislativo de primeiro ou de segundo grau. Sobre a delegificação na Itália, conferir MARTINES, Temistocle. *Diritto costituzionale*. 9. ed. Milano: Giuffrè, 1997, p. 74, e LARICCIA, Sergio. *Diritto amministrativo*. Padova: Cedam, 2000, p. 121; em Portugal, MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo V. 2. ed. Coimbra, Coimbra Editora Limitada, 2000, p. 211; na Espanha, OTTO, Ignacio de. *Derecho constitucional*. Sistema de fuentes. 2. ed. 6. reimp. Barcelona: Ariel, 1998, p. 227; no Brasil, MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações no direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 166. Sobre o aumento da competência regulamentar, FRANCISCO, José Carlos. *Função regulamentar e regulamentos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

12 BITTENCOURT, Lucio. A interpretação como parte integrante do processo legislativo. *Revista do Serviço Público*, v. IV, n. 3, dez. 1942, p. 121-127, criticava a visão “romântica” de alguns juristas por acreditarem que o intérprete apenas mostrava o verdadeiro sentido dos textos, para então afirmar que são tão variáveis as necessidades sociais e tão ativas as comunicações entre as pessoas que seria impossível ao legislador tudo prever.

13 A construção de uma sociedade de nações estabelecida com base em alianças pacíficas já aparece em KANT, Immanuel. *À paz perpétua*. Porto Alegre: L&PM, 1989, concebendo a ideia de federação internacional de Estados livres em busca da paz, formalizada em um pacto social: pedra angular do direito internacional (*ius gentium* – tra-

reunir, numa mesma organização, povos (ou nações) com históricos diversos e países com realidades distintas e potenciais assimétricos, os pontos de convergência foram buscados em aspectos elementares e essenciais, vale dizer, em princípios fundamentais que podem servir para parametrização básica, ao mesmo tempo em que a abertura semântica desses princípios permitiu a particularização ou adaptação de cada país em face das especificidades de cada nação.

Igualmente importante é a diversidade interna em cada um dos países, intensificada pela mobilidade de pessoas e pela ampliação dos meios de comunicação e de negócios. O pluralismo se assenta como um novo modelo de convivência também dentro de cada país, acentuando a necessidade do ordenamento jurídico recorrer a fórmulas normativas genéricas e flexíveis (notadamente princípios e conceitos jurídicos indeterminados) que permitam comportar a diversidade como o novo parâmetro de relação social.¹⁴

E então surge o paradoxo: nessa segunda era da modernidade, de um lado, é possível falar em inflação normativa na medida em que a soma de preceitos expressos nos ordenamentos nacionais (constitucionais e infraconstitucionais) e internacionais é ver-

tiginosa mas, de outro lado e ao mesmo tempo, a experiência prática revela ausência de previsões normativas para muitas situações geradas pela realidade complexa, dinâmica, pluralista e de risco.¹⁵

4. Quadro histórico: positivismo e justiça material.

Ao quadro sociológico e ao quadro legislativo é agregado o quadro histórico, que, na atualidade, influencia os profissionais da área jurídica (sobretudo o juiz ordinário) a assumirem uma postura ativa na compreensão e na aplicação do ordenamento em favor da realização concreta da justiça.

No Estado Pré-Moderno (que compreende a Antiguidade e a Idade Média), o Direito não apresenta um sistema unitário de fontes (uma vez que entidades como império, igreja, príncipes, comunas e corporações produziam normas sem que qualquer delas tivesse monopólio da produção jurídica), mas nessa fase há vinculação do Direito a ideais de justiça, como se pode notar na experiência de Atenas (séc. VI a.C.), na qual a legitimidade das leis dependia da coerência com a prudência e com a razão, não bastando a simples correspondência com a vontade do povo (muitas vezes dominada por demagogos).¹⁶ Durante o período da República Romana (de 509 a.C. até o início do Império Romano em 27 a.C.), a validade ou legitimidade das leis vinha da racionalidade ou do senso de justiça e, mesmo durante a Idade Média, há relação entre

duzido como direito das gentes, embora represente direito dos Estados). De certo modo, também em LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil. Trad. Alex Marins. 5. ed. São Paulo: Martin Claret, 2004, em seu Capítulo XII, Dos Poderes Legislativo, Executivo e Federativo da Comunidade (p.106-114), há previsão do Poder Federativo a quem cabe se relacionar com outras comunidades ou homens que não aderiram a pactos, decretando paz ou guerra.

14 Não bastasse, ainda havia situações bastante peculiares como a da Alemanha que, com o fim da Segunda Guerra Mundial, viu seu território ocupado por forças estrangeiras que geraram a Alemanha Ocidental e a Alemanha Oriental. Por isso, é facilmente compreensível que a Lei Fundamental de Bonn de 1949 (que inicialmente serviu à República Federal Alemã e atualmente é aplicada à Alemanha unificada) refletisse essa diversidade com o emprego de vários princípios que mostravam alguma convergência entre Estados Unidos, França e Inglaterra, além de o art. 24 e o art. 25 dessa Lei Fundamental expressamente indicar a relevância da ordem internacional.

15 O fenômeno da inflação normativa já foi notado há tempos pela doutrina nacional e estrangeira, conforme MAUS, Didier. *Inflation juridique et développement des normes*. In: *Droit constitutionnel et droits de l'homme*. Paris: Economica, Press Universitaires, D'aix-Marseille, 1987. É insensato falar atualmente na máxima *ignorantia legis neminem excusat*, muito embora se trate de presunção absoluta em várias áreas do Direito (que passa a representar "ficção" também no sentido irônico da palavra).

16 Medida conhecida como *graphê paranomôn* permitia que cidadãos, na reunião da Ekklesia, questionassem proposta de lei violadora da Constituição (politeia) da cidade, bem como possibilitava a responsabilização criminal do autor da lei caso a proposta já tivesse sido convertida em lei.

religião e Direito positivado uma vez que o ordenamento jurídico estava voltado para o bem comum e deveria conduzir os homens em direção ao fim supremo (felicidade ou bem-estar da comunidade).¹⁷ Essa diversidade de fontes e de ordenamentos (especialmente escritos em leis, ordenações e estatutos) permitiu que a atividade jurisdicional também criasse o Direito em proporções importantes, quando então a validade ou legitimidade desse Direito jurisprudencial advinha da racionalidade, da justiça, da prudência e da coerência com costumes, com virtudes morais e com crenças religiosas ou fontes divinas.

As experiências absolutistas durante a Idade Média fogem à regra desse breve relato histórico, especialmente quando reis pretenderam se colocar acima da lei e do Direito, mas esse período foi eliminado por revoluções liberais a partir do século XVIII, a partir do que há unidade de fonte do ordenamento, concentrada no Estado Nacional (em alguns casos partilhada com entidades subnacionais ou federativas).

No Estado Moderno, num primeiro momento, o Estado de Direito é desenhado segundo interesses da burguesia, mantendo a ideia que vem desde a Antiguidade, da filosofia grega à Idade Moderna através da escolástica, segundo a qual a lei não é a vontade de um ou de muitos homens (não é “*voluntas*”) mas sim uma ideia geral-racional, uma “*ratio*”.¹⁸ Já num segundo momento, o

Estado Moderno passa a reconhecer como lei o ato que deriva de autoridade competente e do cumprimento de formalidades ou procedimentos previstos (a despeito das dificuldades e desafios da representação política ou de vontade). José Reinaldo de Lima Lopes afirma que Francisco Suárez (da Escola de Salamanca da segunda metade do século XVI) já apresentava a lei como um mandamento superior que obriga um sujeito a agir conforme suas próprias prescrições, mas com a matriz voluntarista da nova ordem (que surge com Thomas Hobbes na Inglaterra e Samuel Pufendorf no continente europeu, ambos com formação antropológica pessimista), a vontade supera a razão (divina ou humana), ideia que dominaria o Direito a partir do século XIX, impondo a supremacia da lei em detrimento do Direito Justo.¹⁹

Até o início do século XX, o Estado Liberal de Direito (ou Estado Legislativo de Direito) é marcado pela justiça formal (derivada da aplicação da lei, reconhecida como válida não por seu conteúdo mas porque foi produzida por autoridade competente e com observância do rito previsto) e pelo constitucionalismo formal (preocupado em criar instituições políticas para a produção de leis, protagonistas no sistema normativo).²⁰ Para Gustavo Zagrebelsky, o Estado de Direito clássico visava a proteção dos cidadãos frente à arbitrariedade da administração pública mediante a primazia da lei prévia, genérica e abstrata (para o que é imprescindível a ideia sistemática de Direito, bem como unidade, coerência e completude do ordenamento), e

17 Sobre o tema, COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 20; FERRAJOLI, Luigi. Estado de direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.) *Estado de direito: história, teoria, crítica*. Trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 418 a 464; JONES, Peter V. *O mundo Atenas: uma introdução à cultura clássica ateniense*. São Paulo: Martins Fontes, 1997; e FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

18 SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza, 2003, p. 150. MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 17, afirma que as leis são as relações necessárias que derivam da natureza das coisas, de modo que todos têm suas leis (divindades têm suas leis, mundo material tem suas leis, as inteligências superiores têm suas leis, e os homens têm suas leis).

19 LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história, lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 199.

20 REIS NOVAIS, Jorge. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 71 e 72, afirma que a concepção do Estado de Direito Liberal está vinculada aos interesses da burguesia e é voltada à proteção racional da iniciativa privada, da propriedade privada e da calculabilidade do sistema capitalista, de tal modo que o Estado de Direito é mais do que um conceito filosófico, caracterizando-se como um conceito de luta política contra a imprevisibilidade reinante do Estado de Polícia e contra as barreiras sociais legadas pela sociedade estamental.

se escorava na legalidade do positivismo.²¹

Esse formalismo ainda está presente no início do século XX, quando, concomitantemente a conflitos ideológicos, políticos e econômicos, surge o positivismo jurídico puro ou normativismo jurídico de Hans Kelsen, apoiando-se na validade formal das normas (respeito ao procedimento) e numa concepção metodológica e sistêmica do Direito sem vinculação à política e à moral, e sem defender abertamente ideologias e sistemas econômicos. Embora reconheça que a política esteja na gênese da norma, esse positivismo exclusivo defende que a validade dos textos normativos e a interpretação não dependem de valores morais e da política, opondo-se principalmente ao moralismo jurídico, à influência política na interpretação e à discricionariedade sobre o momento de aplicação do preceito normativo.

Ao longo do século XX, o modelo de positivismo jurídico exclusivo (sustentado em idealismo formal) foi criticado justamente por proporcionar apenas justiça formal, independentemente da correspondência do conteúdo da norma com os valores sociais e padrões éticos vividos na realidade concreta.²² Por sua vez, e sem menosprezar os resultados positivos proporcionados pela experiência liberal no que concerne à valorização das liberdades, da segurança jurídica e da previsibilidade das ações estatais, a concepção de justiça formal foi insuficiente para a manutenção desse modelo em razão de crises sociais e econômicas cíclicas, motivando transformações na compreensão das responsabilidades e nos mecanismos de organização socioeconômica da



sociedade e do Estado já na década de 1930 e intensificadas após a Segunda Grande Guerra.

Ainda que em outros momentos da história da humanidade tenham ocorrido graves violações a direitos, as proporções alcançadas na Segunda Guerra Mundial foram devastadoras. Algumas dessas violações foram feitas com amparo formal em leis (tidas como válidas porque cumpriram as regras procedimentais de elaboração), deixando evidente que leis podem apresentar não só baixa qualidade em sua redação e conteúdo (situação que depende da eficiência de técnicas legislativas especializadas, bem como da qualificação daqueles que operam o processo normativo), mas também podem estar a serviço de grupos de interesse espúrios ou de maiorias ocasionais, afastando-se dos princípios democráticos, da ideia geral do justo e do equitativo. As terríveis experiências nazistas e fascistas favoreceram a dessacralização da lei, pois o Legislativo não é infalível, já que o Parlamento pode se enganar ou enfraquecer, produzindo leis ofensivas às liberdades e aos direitos fundamentais.²³

Uma das consequências desse fato foi a inserção de princípios fundamentais em ordenamentos constitucionais e a afirmação de direitos mediante o fortalecimento de Cortes Constitucionais, visando evitar o arbítrio do

21 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*. Trad. Marina Garcón. Madrid: Trotta, 1995.

22 É bem verdade que essa visão de positivismo exclusivo proporciona a justiça material se o texto positivado coincidir com o sentimento de justiça vivido na realidade concreta, mas considerando que a realidade concreta é muito diversificada e dinâmica, essa correspondência entre texto e sentido de justiça revelado pela realidade não é segura e constante. Criticando Hans Kelsen sob o argumento do idealismo formal, ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Trad. Edson Bini. Rev. técnica Alyson Leandro Mascaro. Bauru: Edipro, 2003.

23 Sobre o assunto, FAVOREU, Louis (coordonnateur); GAÏA, Patrick; GHEVONTIAN, Richard; MESTRE, Jean-Louis; ROUX, André; PFERSMANN, Otto; SCOFFONI, Guy. *Droit constitutionnel*. Paris: Dalloz, 1998, p. 42.

Legislador ordinário e proporcionar a valorização da justiça material na aplicação do Direito (em confronto com o significado formal de justiça extraído da simples aprovação de normas a partir do rito previsto). Nesse contexto, na segunda metade do século XX predominou a concepção de Estado Democrático e Social, ou de Estado Constitucional de Direito, que não se satisfaz com legitimações meramente formais de Estado e de Direito, uma vez que busca a afirmação da legitimidade material da atuação da sociedade e do Estado para a concretização da justiça social.²⁴ Thomas Fleiner-Gerster afirma que os critérios materiais de justiça a serem observados para ação estatal (todos ainda respeitados) se revelam os seguintes: a) a cada um a proteção de seus direitos (proteção da propriedade e da liberdade, direito sucessório, direito dos contratos, e direito das coisas etc.); b) a cada um segundo seu desempenho (livre concorrência, etc.); c) a cada um segundo suas necessidades (seguridade social e mínimo indispensável, limites à penhora de bens, garantia de salário mínimo, férias, ensino primário gratuito etc.).²⁵

A responsabilidade e a solidariedade por parte dos indivíduos, dos governantes e dos servidores são indispensáveis à noção de justiça social no Estado Democrático de

Direito.²⁶ Além de pensar no melhor para si, o indivíduo, os governantes e os agentes sociais devem também pensar no melhor para o grupo no qual estão inseridos, reconhecendo o pluralismo, a complexidade e dinamismo da sociedade contemporânea.

No quadro que marca a sociedade de risco e a modernidade líquida, Jacques Chevallier afirma que a Segunda Era da Modernidade (ou pós-modernidade) provoca mudanças profundas nos fundamentos de organização das sociedades ocidentais no início do século XXI, sendo necessário constituir novos vínculos de interdependência (p. ex., com integração regional e supranacional), redefinir as funções estatais numa visão estatal policêntrica, desconcentrada e descentralizada, redefinir os vínculos políticos com democracia participativa, democracia deliberativa e com a reestruturação dos circuitos de comunicação, e com o reconhecimento de novas cidadanias (cidadania europeia).²⁷ José Joaquim Gomes Canotilho defende um “constitucionalismo moralmente reflexivo”, mediante o qual é necessária a adoção de

24 Para DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*. 8. ed. Madrid: Taurus, 1986, p. 31 e ss., e *Legitimidad-legalidad em el socialismo democrático*. Madrid: Civitas, 1978, e *De la maldad estatal y la soberanía popular*. Madrid: Editorial Debate, 1984, esse modelo de Estado representa a convergência do socialismo com a democracia, ou seja, pela passagem do neocapitalismo ao socialismo nos países de democracia liberal, caracterizando um socialismo flexível com a superação do individualismo, e realizado pela intervenção estatal e pela atenção preferencial aos direitos sociais, pelo império da lei, pela divisão dos poderes, pela legalidade da administração (atuação segundo a lei e suficiente controle judicial) e pela efetiva realização material de direitos e liberdades fundamentais.

25 FLEINER-GERSTER, Thomas, colab. de HÄNNI, Peter. *Teoria geral do Estado*. Trad. Marlene Holzhausen. Revisão técnica de Flávia Portela Purschel. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 633 e seguintes. Thomas Fleiner-Gerster também traz critérios formais de justiça a serem observados pelo Estado (ainda aplicáveis), que servem à legalidade (produção de leis por critérios racionais).

26 Há outras concepções de justiça, como a de RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Jussara Simões. Rev. Álvaro de Vita. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, que, a partir de uma postura intuicionista, apresenta um conjunto irreduzível de princípios que devem ser pesados e comparados buscando equilíbrio do que é mais justo, acreditando que os princípios essenciais de justiça estão consolidados no ideal das liberdades e no combate às desigualdades. Segundo sua teoria, na hipotética posição original de escolha e sob o véu da ignorância, negociadores escolhem como princípios de justiça: 1º) Liberdade: cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para as outras pessoas (a liberdade deve ser máxima); 2º) Diferença: desigualdades sociais e econômicas devem evitar discriminações e devem estar dispostas de modo que seja razoável esperar que se estabeleçam em benefício de todos, e estejam vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos. Concordamos com FLEINER-GERSTER, Thomas, colab. de HÄNNI, Peter. *Teoria geral do Estado*. Trad. Marlene Holzhausen. Revisão técnica de Flávia Portela Purschel. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 644, ao afirmar que o discurso de Rawls será retórica vazia se desacompanhada da responsabilidade e da solidariedade.

27 CHEVALLIER, Jacques. *L'État post-moderne*. 3. ed. Série Politique. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence – LGDJ, 2008.

fórmulas que permitam completar o projeto da modernidade, de modo que a Constituição Dirigente cede lugar à transnacionalização e globalização, e o Direito Constitucional deixaria de ser uma disciplina dirigente para assumir o papel de disciplina dirigida dada a complexidade do mundo e as consequências das integrações entre as nações.²⁸

É nesse contexto que emerge o discurso neoconstitucionalista, procurando a convergência de diferentes perspectivas e o reconhecimento da incapacidade do pensamento jurídico contemporâneo de utilizar velhas ferramentas e conceitos teóricos para lidar com a realidade do século XXI.²⁹ Se é verdade que não existe um único significado para

neoconstitucionalismo, ao menos há elementos ou dimensões presentes em grande parte dos sentidos empregados para a indicação desse movimento de teorização e de aplicação do direito. Segundo Humberto Ávila, o neoconstitucionalismo tem um fundamento normativo (há preferência ou exclusividade de princípios em detrimento de regras), um fundamento metodológico (a aplicação do ordenamento se dá por ponderação e não pela subsunção mecanicista do positivismo), um fundamento axiológico (busca da justiça vista em cada caso particular ao invés de uma concepção geral ou padronizada de justiça) e um fundamento organizacional (maior participação do Poder Judiciário na aplicação do ordenamento, com efetiva criação do Direito, redimensionando os papéis do Poder Executivo e do Poder Legislativo).³⁰

5. Traços do juiz ordinário.

O quadro sociológico do ambiente contemporâneo (com a sociedade de risco global e modernidade líquida), o quadro legislativo (exibindo a crise no processo de produção de normas pelo Parlamento e ampliando o grau de abstração dos preceitos normativos) e o quadro histórico (conduzindo à flexibilização do positivismo em favor da busca de justiça material) repercutem no perfil e na atuação do juiz ordinário brasileiro, desde suas origens familiares, passando pela sua formação nos bancos acadêmicos e nos esforços para aprovação em concursos públicos e, sobretudo, na experiência que colhe lidando diretamente com as partes nas diversidades dos fóruns brasileiros.

Segundo pesquisa concluída em 1995,

28 CANOTILHO, José J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001. Também sobre o tema, COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 13-15.

29 Numa das obras mais conhecidas sobre o tema, CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. Ainda sobre o tema, CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*: ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007; BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 240: 83-103, abr./jun. 2005; BARROSO, Luís Roberto. O novo direito constitucional e a constitucionalização do Direito. In: *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 240: 01-67, abr./jun. 2005; DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. *Teoría do direito neoconstitucional*. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Método, 2008; FIGUEROA, Alfonso García (Coord.). *Racionalidad y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006; FIGUEROA, Alfonso García. *Principios y positivismo jurídico*: el no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998; POZZOLO, Susanna; RAMOS DUARTE, Écio Otto. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. São Paulo: Landy, 2006; PULIDO, Carlos Bernal. *El neoconstitucionalismo a debate*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales, 2006; e SANCHÍS, Luiz Pietro. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Madrid: Trotta, 2003; SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte: Fórum / Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais – IBEC, n. 9, jan./mar. 2009; STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica – uma nova crítica do direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

30 ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 20 jan. 2010. Convém destacar a posição crítica de Humberto Ávila no tocante ao neoconstitucionalismo em face das características do sistema jurídico-constitucional brasileiro.

a idade média dos juízes concursados é de 42 anos, com diferenças expressivas quando considerados alguns Estados-membros (p. ex., Rio Grande do Sul, São Paulo e Pernambuco tinham, respectivamente, 51%, 54% e 56% de juízes com até 40 anos, enquanto o Rio de Janeiro tinha 33,7%, o que, em nossa opinião, revela visível juvenilização do perfil do magistrado e clara suscetibilidade aos quadros sociológicos, legislativo e histórico.³¹

Acerca do histórico da família do magistrado, em meados da década de 1990, 54% dos juízes tinha pai com escolaridade até o primeiro grau e aproximadamente 30% tinha perfil ocupacional subalterno, sendo que apenas 31% dos pais e 21% das mães tinham formação superior (atuando majoritariamente no Poder Público), embora o número de pais e sobretudo de mães com formação superior seja crescente dada a ampliação da oferta de ensino universitário. Tomando como exemplo o Estado de São Paulo, 38,5% dos pais e 8,7% das mães integravam o alto escalão, 27,4% dos pais e 20,9% das mães integravam o médio escalão, 24,9% dos pais e 12,2% das mães compunham o baixo escalão, e 9,1% dos pais e 8% das mães eram empresários, ao passo em que 56,5% das mães eram “prendas domésticas”.³² Esses dados mostram que a família do magistrado ordinário está distribuída por todas as camadas socioeconômicas, o que proporciona uma magistratura pluralista e com potencial para compreender as diversi-

dades da sociedade contemporânea.

O recrutamento do juiz por concurso público garante um perfil plural na composição da magistratura, seja pela idade com a qual o magistrado inicia suas atividades, seja também porque a candidatura à magistratura ocorre majoritariamente até cinco anos após a graduação, sendo que a idade média do candidato aprovado no concurso é de 33 anos e a mediana de 31 anos. A idade média de ingresso no curso de Direito é de 21,8 anos, situando-se a mediana em 21 anos; a idade média de conclusão do curso de Direito é de 26,1 anos, situando-se a mediana em 25 anos. A trajetória universitária do magistrado é significativamente dependente de suas origens familiares, pois o ingresso tardio no curso de Direito está associado a um perfil familiar de escolaridade mais baixa e de ocupações menos qualificadas. Considerado o ingresso no primeiro ano do ensino fundamental quando o estudante completa a idade de 07/08 anos, inexistindo reprovação, o ingresso na faculdade se dá no ano em que completar 18/19 anos. No período entre 1966-1995, há significativa mudança no padrão de formação universitária: os cursos diurnos diminuíram a sua participação de, aproximadamente 50% para apenas 28% nos últimos concursos; as instituições particulares de ensino representaram, no final do período, cerca de 50% do total de instituições responsáveis pela titulação dos candidatos.³³

Esses dados sobre o perfil do magistrado ordinário proporcionam sua suscetibilidade aos quadros sociológico, legislativo e histórico delineados neste estudo e, por consequência, levam a grande maioria dos juízes a prestarem jurisdição sob a influência de valores e ideais de justiça social. Analisando se o juiz adota uma postura neutra (“funcionário” das leis no cânon clássico do

31 VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan e IUPERJ, 1997, p. 60 e 76. Na p. 64, ainda quanto à idade, até 30 anos, havia 10,4% na Justiça Comum, 23,6% na Justiça Federal, 13,5% na Justiça do Trabalho; entre 31 e 40 anos, 34,4% na Justiça Comum, 31,1% na Justiça Federal, 39,2% na Justiça do Trabalho; entre 41 e 50 anos, 32,2% na Justiça Comum, 24,3% na Justiça Federal, 30,5% na Justiça do Trabalho. Entre 51 e 60 anos, 18,0% na Justiça Comum, 18,2% na Justiça Federal, 13,1% na Justiça do Trabalho; 61 anos ou mais, 5,0% na Justiça Comum, 2,7% na Justiça Federal, 3,7% na Justiça do Trabalho.

32 VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan e IUPERJ, 1997, p. 88, 94 e 96.

33 VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan e IUPERJ, 1997, p. 153 e 169.

Estado de Direito Kelseniano, reproduzindo o Direito compromissado com a certeza jurídica e com o primado do Legislador sobre a função jurisdicional) ou não neutra (comportamento como um ator do processo de mudança social, produzindo o Direito com afinidades substantivas em favor do Estado Democrático de Direito), 83% dos juizes afirmaram sua não neutralidade porque devem aproximar a lei dos processos sociais substantivos para influir na mudança social. Assim, a magistratura brasileira vive uma transição, uma vez que não se desprende inteiramente das grandes referências da sua formação doutrinária, instituídas no campo da *civil law* e do positivismo jurídico, mas essa influência está relativizada pelo fato de ele se entender como um agente efetivo no processo de produção do Direito, admitindo, de algum modo, uma atuação mais ativa (própria do campo político-cultural da *common law*).³⁴

Segundo essa pesquisa realizada em meados da década de 1990, 74,8% dos juizes entrevistados admitem que o papel atribuído ao Judiciário nos processos de mudança social deve se dar mediante a promoção do Estado de Direito por intermédio da correta aplicação da lei, de tal modo que 61,7% dos magistrados afirmaram que devem ser fiéis intérpretes das leis, ao passo em que 26,6% acreditam que o Judiciário deve exercer papel ativo no sentido de reduzir as desigualdades sociais. Disso decorrem juizes marcados pela não neutralidade, que enfatizam as instituições democráticas representativas e o Estado de Direito mas, ao mesmo tempo, 23,0% se posicionam pela neutralidade e pela certeza jurídica baseada na lei, ao passo em que 46,4% admitem baixa intervenção do Judiciário e 30,6% admitem alta intervenção, mostrando que grande parte da magistratura ainda se posiciona próxima ao modelo da *civil law*), aspectos que não se alteram mesmo em



concursos públicos de ingresso mais recentes (conforme apurado nas pesquisas).³⁵

Essa leitura de uma magistratura mais engajada é compartilhada por diversas outras fontes, inclusive apontando que 73,7% dos magistrados entrevistados no Brasil “concordam inteiramente” ou “concordam muito” com a opinião de que o juiz não pode ser um mero aplicador das leis, pois tem de ser sensível aos problemas sociais, ainda que “apenas” 37,7% tenham se posicionado da mesma forma sobre a opinião de que “o compromisso com a justiça social deve preponderar sobre a estrita aplicação da lei”.³⁶

Esses números deixam claro que a postura mecanicista de aplicação do texto normativo aos fatos concretos deixou de representar o modo de trabalho de proporção importante da magistratura brasileira. Para aproximar o ordenamento à realidade social e influir na mudança social, uma rápida pesquisa em repertórios de decisões judiciais (tanto do Supremo Tribunal Federal quando de instâncias ordinárias) revela que os juizes brasileiros passaram a se servir da abertura de princípios constitucionais e de conceitos jurídicos indeterminados para a construção de soluções que entendem justas.

34 VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan e IUPERJ, 1997, p. 258.

35 VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan e IUPERJ, 1997, p. 260 e ss.

36 SADEK, Maria Tereza. A crise no judiciário vista pelos juizes: resultados da pesquisa quantitativa. In: SADEK, Maria Tereza. (Org.). *Uma introdução ao estudo da justiça*. São Paulo: Sumaré, 1995.

6. Consequências dos quadros na atuação do juiz ordinário.

Os quadros sociológico, legislativo e histórico, associados ao perfil da magistratura brasileira, abrem perspectivas jurídicas diversas das antigas divergências entre jusnaturalismo e positivismo jurídico (sobretudo o positivismo puro), pois os princípios se mostram como o “campo neutro” para os debates entre os jusnaturalistas e os juspositivistas.³⁷ A previsão expressa de princípios fundamentais em ordenamentos constitucionais supera discussões quanto à força normativa desses valores, mas abre margem a outras questões.³⁸

O maior espaço deixado pelo aumento do grau de abstração dos princípios constitucionais positivados amplia o grau de discricionariedade do juiz ordinário no processo interpretativo e de escolha das soluções para os problemas apresentados, e é justamente a via pela qual, de modo consciente ou inconsciente (intuitivo), passam valores éticos e morais mesmo para o intérprete com postura positivista. Independentemente de divergências entre positivistas puros, positivistas inclusivos, pós (ou neo)-positivistas, neocons-

titucionalistas e outras teorias, há um fato a ser reconhecido: constatado o perfil pluralista e jovem da magistratura ordinária, o processo de hermenêutica tem sido realizado sob influência de aspectos morais, éticos, econômicos e políticos e demais manifestações da sociedade quando passíveis de compreensão no significado de princípios positivados.³⁹

Não é novidade dizer que a construção do significado concreto do dispositivo normativo somente é possível com a atividade de interpretação, e que sempre existiu certa participação do intérprete no processo de construção do Direito.⁴⁰ Contudo, sob o impacto do quadro sociológico da sociedade de risco e da modernidade líquida, do quadro legislativo que leva à ampliação do grau de abstração de preceitos normativos, e ainda sob o apelo do quadro histórico que reclama uma postura mais ativa dos operadores do Direito na busca da justiça material, os juízes ordinários são levados (ou seduzidos) a aumentar sua participação no trabalho legislativo pelo processo interpretativo (com efetiva criação do Direito, tarefa partilhada com o Poder Executivo e com o Poder Legislativo): servindo-se da abertura de preceitos normativos (especialmente de princípios fundamentais), fazem a aplicação do ordenamento mediante ponderação (e não pela subsunção mecanicista do positivismo) visando a justiça vista em cada caso particular (ao invés de uma concepção geral ou padronizada de justiça).

37 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 247.

38 TAVARES, André Ramos. *Fronteiras da hermenêutica constitucional*. São Paulo: Método, 2006, p. 85 e seguintes, mostra a evolução da normatividade dos princípios em três fases: 1ª) no século XVIII os princípios não eram tidos como normas jurídicas, pois faltavam-lhes imperatividade (daí, eram concebidos como recomendações éticas ou morais); 2ª) a partir de meados do século XIX inicia-se segunda fase que se firmou no século XX, de conteúdo juspositivista, na qual os princípios tornaram-se fonte secundária do Direito, de modo que passaram a ter aplicação subsidiária no ordenamento jurídico (como mostra o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro); 3ª) desde 1950, há uma revolução de juridicidade, pela qual os princípios não só são concebidos com força normativa mas assumem papel determinante e irradiante por todo o ordenamento jurídico, sendo que essa concepção “forte” dos princípios ainda pode ser dividida em sua etapas, uma primeira na qual os princípios são positivados nos ordenamentos constitucionais mas são compreendidos como normas programáticas (cuja aplicabilidade muitas vezes é reduzida à vinculação dos poderes públicos, desprovida de efeitos diretos para a sociedade), e uma segunda fase na qual os princípios avançam para a normatividade máxima.

39 Dentre os denominados positivistas moderados está HART, Hebert L. A. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007 (particularmente no pós-escrito dessa obra, elaborado para responder a Ronald Dworkin, quando Hart mostra-se tendente a conciliar o positivismo com a teoria moralista). Discorrendo sobre várias positivistas e a sua viabilidade na atualidade, DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

40 BITTENCOURT, Lucio. A interpretação como parte integrante do processo legislativo. *Revista do Serviço Público*, v. IV, n. 3, dez. 1942, p. 121-127, já na primeira metade do século XX, afirmava que a interpretação é parte integrante do processo legislativo dada a impossibilidade de o Legislador tudo prever.

7. Conclusão: excessos e necessidade de controle.

O abandono da postura passivista do juiz ordinário em favor de uma atuação ativista gera aplausos e críticas. Favoravelmente pode-se argumentar que o ativismo judicial é uma consequência da necessária aproximação de preceitos normativos (providos de elevada abstração) às circunstâncias concretas, e da incapacidade de o Legislador enfrentar o dinamismo, a complexidade e o pluralismo da realidade, e que a construção de soluções jurídicas para o caso concreto é imperativo do acesso ao Judiciário para a garantia de direitos e para a pacificação de litígios.⁴¹ Desfavoravelmente, o ativismo judicial é compreendido como violação dos limites impostos ao magistrado pelo próprio ordenamento, quando então o Poder Judiciário exorbita sua competência, caracterizando um desvio de conduta institucional e infringindo a separação de poderes do Estado Constitucional de Direito, além do que enseja a politização do Judiciário, é feito sem legitimação democrática, gera insegurança e imprevisibilidade (em razão de parâmetros normativos muito abertos), excessiva judicialização de vários temas e também a desqualificação da estrutura judiciária.⁴²

Vemos essa nova postura do juiz ordinário como necessidade derivada de fatos,



de modo que o ativismo judicial é um efeito inerente à maior participação do Poder Judiciário na construção e na aplicação do ordenamento. Abandonando a atuação mecanicista de subsunção dos fatos à norma em favor de visões mais abertas e que permitam o ajuste ou adequação das decisões aos casos concretos, estaremos trocando sistemas (ambos com qualidades e defeitos), mas acreditamos que o ativismo judicial pode ser um “mal menor” em comparação ao modelo de justiça formal desajustado à realidade contemporânea.

Mas no complexo, técnico, dinâmico e plural do ambiente contemporâneo, é um grande desafio encontrar soluções justas, mesmo para o Constituinte e para o Legislador.⁴³ As dimensões continentais do território brasileiro dão margem a diversidades em várias regiões, sendo evidente o multiculturalismo alimentando tradições, convicções e modos de vida (a despeito de meios de comunicação de massa), aspectos que são maximizados quando pensamos em modelos jurídicos de integração entre países.

Por isso, o trabalho do juiz ordinário

41 Com ressalvas mas numa perspectiva favorável ao ativismo, ROTHENBURG, Walter Claudius. A dialética da democracia: entre legisladores e jurisdição constitucional. In: CLÈVE, Clémerson Merlin *et al.* (Orgs.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, e TAVARES, André Ramos. O discurso dos direitos fundamentais na legitimidade e deslegitimação de uma justiça constitucional substantiva. *Revista brasileira de estudos constitucionais*, n. 2, 2007.

42 Sobre o tema, RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*. Parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129 e 138, e LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou altivez?* O outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 24

43 SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Trad. de Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 107, afirma que talvez a questão mais difícil foi o Legislativo adaptar seus métodos e processos às novas exigências técnicas da legislação.

deve ser minimamente controlável. Primeiro, é necessário respeitar critérios de competência, de modo que, havendo regra expressa em preceitos normativos e que traga previsão abstrata razoável para um caso concreto, o magistrado deve se subordinar ao comando normativo ao invés de recorrer a princípios.⁴⁴ Com essa subordinação o magistrado respeitará a legitimidade e a competência do agente normativo, e também a igualdade de tratamento que deriva da aplicação desse ato normativo para todas as pessoas e circunstâncias, além do que o magistrado também cumprirá técnicas de decisão como a unidade do ordenamento e a interpretação conforme a constituição.⁴⁵

Segundo, as soluções devem ser, preferencialmente, formuladas para cada caso concreto, em respeito ao dinamismo, complexidade e pluralismo da sociedade contemporânea. Em temas estritamente de Direito, as soluções judiciais podem ter efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, mas, em condições normais, as construções do Direito Judicial devem deixar espaço para futuras reflexões. No caso de colisão de direitos fundamentais, acreditamos que a atuação do Poder Judiciário deve evitar generalizações, pois

confrontos entre as mesmas previsões abstratas encontram aspectos fáticos singulares no caso concreto, o que pode proporcionar soluções adequadas diversas (caso a caso), construídas segundo o peso mostrado na colisão dos preceitos normativos.⁴⁶ Mesmo o mínimo existencial é identificado apenas na perspectiva individual e concreta, o que reforça a recomendação de o ativismo focar o caso concreto.

Terceiro, a atuação do juiz ordinário deve ser realizada segundo parâmetros democráticos, tendo como objetivo central a justiça revelada pelos valores da sociedade (e não pelos valores do magistrado), daí porque a postura dos membros do Poder Judiciário deve ser de diálogo e de reflexão, sempre que possível adotando mecanismos que permitam a participação pluralista, como audiência pública integrada por especialistas, manifestação de membros de segmentos da sociedade (*amicus curiae*) e demais mecanismos de democratização da decisão judicial.⁴⁷

Quarto, a construção das soluções deve ser feita mediante mecanismos consistentes e controláveis, empregando técnicas como ponderação e proporcionalidade, ao mesmo tempo em que a livre convicção motivada seja aperfeiçoada com a utilização da teoria da argumentação material e procedimental.⁴⁸

44 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 391 a 394, referindo-se aos riscos da constitucionalização excessiva, observa consequências negativas de natureza política (esvaziamento do poder das maiorias pelo engessamento da legislação ordinária) e de natureza metodológica (decisionismo potencializado pela textura aberta e vaga das normas constitucionais), de modo que procura limitar os excessos do Judiciário mediante dois parâmetros preferenciais a serem seguidos: 1º) preferência pela lei em detrimento de decisões que os magistrados entendem “mais convenientes”; 2º) preferência por regras ao invés de princípios para evitar o desapego do operador do direito ao que resta positivado dentro de parâmetros razoáveis.

45 Nos EUA, corrente conhecida como minimalismo judicial afirma que o Congresso norte-americano atua de modo mais democrático que a Suprema Corte, e que a Suprema Corte não é melhor que o Congresso para decidir sobre princípios e direitos fundamentais, daí porque as decisões minimalistas deveriam deixar espaço para futuras reflexões no âmbito nacional, estadual ou local. Sobre o minimalismo, PETERS, Christopher J. *Assessing the new judicial minimalism*. *Columbia Law Review* (100 Colum. L. Rev. 1454), oct. 2000.

46 Por exemplo, no caso da colisão abstrata entre vida e religião que sugere a necessidade de transfusão de sangue como medida adequada e necessária à preservação da vida de um membro da igreja Testemunha de Jeová, acreditamos que a solução dada ante à inexistência de possibilidade de manifestação do doente pode ser diversa se o caso concreto envolver senhora idosa e marcada por fervor religioso (o que sugere a prevalência da religião em relação à vida) ou criança cuja atividade religiosa é derivada do fato de ela acompanhar seus pais religiosos (nesse caso, sugerindo a preservação da vida em detrimento da religião).

47 A Lei nº 9.868/1999 e a Lei nº 9.882/1999 cuidam de audiências públicas e de *amicus curiae* para proporcionar maiores elementos visando o julgamento adequado de ações diretas de controle de constitucionalidade. Esses mecanismos democratizam o processo decisório, daí porque são instrumentos perfeitamente aplicáveis a processos relevantes que tramitam pelas instâncias ordinárias do Poder Judiciário.

48 A respeito da estrutura material argumentativa, PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da*

Mesmo que a decisão seja formulada para o caso concreto, a fundamentação e a argumentação devem ser consistentes e diretas.⁴⁹

Quinto, ainda que as soluções sejam buscadas caso a caso, o trabalho do juiz ordinário deve manter coerência com relação aos parâmetros utilizados, tanto *intra* quanto *extra* decisão. Além de expor suas decisões por argumentações consistentes, as soluções adequadas a cada caso devem ser elaboradas a partir dos mesmos métodos e critérios de trabalho, evitando casuísmos e permitindo previsibilidade (dentro do possível).

Obviamente há muitas outras maneiras de controle do trabalho do juiz ordinário nos quadros acima apresentados, mas a observância desses critérios elementares permite o mínimo de controle da formulação do Direito Judicial.

argumentação. Trad. Maria Ermentina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002 e, sobre a estrutura procedimental argumentativa, ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica (1979). Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, e, afinal, acerca da argumentação no plano fático-forense de resolução de *hard cases*, ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*: teorias da argumentação judicial. São Paulo: Landy, 2002.

49 Ao contrário, no minimalismo americano, SUNSTEIN, Cass R. *One case at a time*: judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University, 1999, afirma que os juízes devem decidir os casos que lhes são apresentados, mas preferencialmente devem deixar abertas as possibilidades de rever futuramente suas decisões em favor da democracia deliberativa, razão pela qual sustenta que uma decisão minimalista deve apresentar como características a superficialidade (*shallowness*) e estreiteza ou restrição (*narrowness*), decidindo o caso concreto ao invés de estabelecer regras para aplicação de outros casos, evitando debate sobre questões de princípio (o que poderia aumentar as possibilidades de rejeição e colocando em risco o prestígio da instituição).

Bibliografia.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica (1979). Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ANTHONY, Gordon. Procedure, substance, and proportionality: legitimate expectations. *United Kingdom Administrative Law, European Review of Public Law* - Spetses, London: Esperia Publications Ltd., v. 15, n. 4, winter 2003.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*: teorias da argumentação judicial. São Paulo: Landy, 2002.

ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": entre a "Ciência do Direito" e o "Direito da Ciência". *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 20 jan. 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 240: 83-103, abr./jun. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 240: 01-67, abr./jun. 2005.

_____. O novo direito constitucional e a constitucionalização do Direito. In: *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

_____. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial*. En busca de la seguridad perdida. Barcelona: Paidós Ibérica, 2008.

_____. *La société du risqué: sur la voie d'une outré modernité*. Paris: Aubier, 2001.

_____. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: GIDDENS, Anthony. *Modernização reflexiva*. São Paulo: UNESP, 1997.

BITTENCOURT, Lucio. A interpretação como parte integrante do processo legislativo. *Revista do Serviço Público*, v. IV, n. 3, dez. 1942.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. dos Santos. São Paulo: Polis; Brasília: Universidade de Brasília, 1989.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CALMES, Sylvia. *Du principe de protections de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*. Paris: Dalloz, 2000.

CANOTILHO, José J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

CARBONELL, Miguel. *Teoria del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007.

_____. (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

CHEVALLIER, Jacques. *L'État post-moderne*. 3. ed. Série Politique. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence – LGDJ, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*. 8. ed. Madrid: Taurus, 1986.

_____. *De la maldad estatal y la soberania popular*. Madrid: Editorial Debate, 1984.

_____. *Legitimidad-legalidad em el socialismo democrático*. Madrid: Civitas, 1978.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

_____; DUARTE, Écio Oto. *Teoria do direito neoconstitucional*. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Método, 2008.

FAVOREU, Louis (coordonateur); GAÏA, Patrick; GHEVONTIAN, Richard; MESTRE, Jean-Louis; ROUX, André; PFERSMANN, Otto; SCOFFONI, Guy. *Droit constitutionnel*. Paris: Dalloz, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. Estado de direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.) *Estado de direito: história, teoria, crítica*. Trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FICKLER-DESPRES, Odile. Les promesses de l'administration. *La Semaine Juridique - Juris-Classeur Periodique*, Édition Générale, 1998-1, 104.

FIGUEROA, Alfonso García (Coord.). *Racionalidad y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

_____. *Principios y positivismo jurídico: el no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

FLEINER-GERSTER, Thomas, colab. de HÄNNI, Peter. *Teoria geral do Estado*. Trad. Marlene Holzhausen. Revisão técnica de Flávia Portela Purschel. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FRANCISCO, José Carlos. *Função regulamentar e regulamentos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. El principio de protección de la confianza legítima como supuesta tutela justificativa de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador. In: *Estudios de derecho público económico*. Libro homenaje al Profesor Sebastián Martín Retortillo. Madrid: Civitas, 2003.

GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991.

HART, Hebert L. A. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

JONES, Peter V. *O mundo Atenas: uma introdução à cultura clássica ateniense*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

- KANT, Immanuel. *À paz perpétua*. Porto Alegre: L&PM, 1989.
- LARICCIA, Sergio. *Diritto amministrativo*. Padova: Cedam, 2000.
- LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil*. Trad. Alex Marins. 5. ed. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história, lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- LUENGO, Javier García. *El principio de protección de la confianza en el derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 2002.
- MARTINES, Temistocle. *Diritto costituzionale*. 9. ed. Milano: Giuffrè, 1997.
- MAUS, Didier. *Inflation juridique et développement des normes*. In: *Droit constitutionnel et droits de l'homme*. Paris: Economica, Press Universitaires, D'aix-Marseille, 1987.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo V. 2. ed. Coimbra, Coimbra Editora Limitada, 2000.
- MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações no direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- OTTO, Ignacio de. *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. 2. ed. 6. reimp. Barcelona: Ariel, 1998.
- PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação*. Trad. Maria Ermentina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- PETERS, Christopher J. *Assessing the new judicial minimalism*. *Columbia Law Review* (100 Colum. L. Rev. 1454), oct. 2000.
- POZZOLO, Susanna; RAMOS DUARTE, Écio Otto. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. São Paulo: Landy, 2006.
- PULIDO, Carlos Bernal. *El neoconstitucionalismo a debate*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales, 2006.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial. Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Jussara Simões. Rev. Álvaro de Vita. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- REIS NOVAIS, Jorge. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Coimbra: Almedina, 2006.
- ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Trad. Edson Bini. Rev. técnica Alyson Leandro Mascaro. Bauru: Edipro, 2003.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. *A dialética da democracia: entre legisladores e jurisdição constitucional*. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin et al. (Orgs.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- SADEK, Maria Tereza. *A crise no judiciário vista pelos juízes: resultados da pesquisa quantitativa*. In: SADEK, Maria Tereza. (Org.). *Uma introdução ao estudo da justiça*. São Paulo: Sumaré, 1995.
- SANCHÍS, Luiz Pietro. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Madrid: Trotta, 2003.
- SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte: Fórum / Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais – IBEC, n. 9, jan./mar. 2009.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza, 2003.
- SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Trad. de Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica – uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- SUNSTEIN, Cass R. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University, 1999.
- TAVARES, André Ramos. *O discurso dos direitos fundamentais na legitimidade e deslegitimação de uma justiça constitucional substantiva*. *Revista brasileira de estudos constitucionais*, n. 2, 2007.

Revista do TRF3 - Ano XXIV - n. 119 - Out./Dez. 2013

_____. *Fronteiras da hermenêutica constitucional*. São Paulo: Método, 2006.

TREMEAU, Jérôme. *La réserve de loi – compétence législative et constitution*. Paris e Aix-en-Provence: Economica et Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1997.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan e IUPERJ, 1997.

_____; _____; _____; _____. *O perfil do magistrado brasileiro*. Projeto diagnóstico da justiça. Rio de Janeiro: AMB/IUPERJ, 1996.

WEBER-DÜRLER, Beatrice. *Vertrauensschutz im öffentlichen Rech, Habilitations-schrift*, Verlag Helbing & Lichtenhahn, Basel und Frankfurt am Main, 1983.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Ley, derechos y justicia. Trad. Marina Garcón. Madrid: Trotta, 1995.

