

ano 12 - n. 49 | julho/setembro - 2012
Belo Horizonte | p. 1-288 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

Revista de Direito
ADMINISTRATIVO &
CONSTITUCIONAL

A&C

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
ROMEUFELIPE
BACELLAR

© 2012 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br
E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Supervisão editorial: Marcelo Belico
Revisão: Adalberto Nunes Pereira Filho
Cida Ribeiro
Cristhiane Maurício
Marilane Casorla

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

Bibliotecárias responsáveis: Ana Carolina Marques - CRB 2933 - 6ª Região
Luciana Gonçalves - CRB 2863 - 6ª Região
Tatiana Augusta Duarte - CRB 2842 - 6ª Região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico e diagramação: Virginia Loureiro

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11,
(jan./mar. 2003)- . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela
Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação – Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis

Ana Cláudia Finger

Daniel Wunder Hachem

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Carlos Ari Sundfeld (PUC-SP)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Nelson Figueiredo (UFG)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Odilon Borges Junior (UFES)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Emerson Gabardo (UFPR)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Eros Roberto Grau (USP)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
José Carlos Abraão (UEL)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
	Weida Zancaner (PUC-SP)
	Yara Stroppa (PUC-SP)

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

De poder nulo a poder supremo – O Judiciário como superego

José Emílio Medauar Ommati

Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da UFMG. Professor de Teoria da Constituição, Hermenêutica e Argumentação Jurídica e Direito Administrativo da PUC Minas *campus* Serro. Coordenador do Curso de Direito da PUC Minas *campus* Serro.

Julio Pinheiro Faro

Mestrando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Diretor Secretário-Geral da Academia Brasileira de Direitos Humanos (ABDH). Pesquisador. Professor universitário. Advogado e Consultor.

Resumo: O trabalho parte da concepção predominante nos séculos XVIII e XIX de que o poder judiciário seria um poder nulo para verificar sua transformação em poder supremo no século XX e a tendência atualmente existente de que se torne, já que é visto como o superego da sociedade, um Leviatã.

Palavras-chave: Poder judiciário. Boca da lei. Era Lochner. Superego.

Sumário: 1 Introdução – 2 O início da supremacia do Judiciário – 3 A crítica ao Judiciário como superego – 4 Independência e comportamento dos juízes – 5 Conclusões – Referências

1 Introdução

Na tradição contratualista — que procura fundamentalmente justificar a existência do Estado, e assim também a legitimidade do poder soberano, a partir de um contrato social entre indivíduos racionais — parece haver um consenso pelo menos entre os três autores clássicos (Hobbes, Locke e Rousseau) de que os indivíduos no estado original tinham o poder legítimo de aplicar as leis de natureza aos conflitos intersubjetivos. Em Hobbes, por exemplo, há, entre as leis de natureza, algumas que preconizam que quando existente uma controvérsia entre pessoas é preciso que elas submetam seu direito ao julgamento de um árbitro, ao qual deve ser concedido um salvo-conduto e o qual

deve decidir equitativamente.¹ Entretanto, e aí parece existir um acordo entre os três, no estado de natureza, os indivíduos, por não se submeterem a um poder soberano, isto é, situado acima deles, acabam fazendo mau uso do direito natural, e, assim, julgam conforme suas paixões, punindo seus inimigos. Daí dizer Rousseau que o ser humano, enquanto em suas relações com a natureza, é um bom selvagem, e que ao se relacionar com outros indivíduos tende a se corromper. O que resulta disso, na visão comum dos três contratualistas clássicos, é a necessidade de que as pessoas, para manterem um mínimo de harmonia e de paz em suas relações, resolvem firmar um contrato social, em que renunciam a certos direitos naturais seus em prol de um poder soberano, que as representará.

Disso decorre a máxima: *todo poder emana do povo, que o exercerá diretamente ou mediante seus representantes*. Ora, havendo a associação de indivíduos para uma renúncia coletiva a direitos naturais e a criação de um Estado comandado por um governo, representado seja por uma pessoa (monarquia), seja por um conjunto delas em assembleia (oligarquia), seja pelo povo (democracia), seria necessário que fosse estabelecido um conjunto de funções para o melhor desempenho do governo e das funções estatais determinadas no contrato social. Pela tradição liberal clássica inicial, isto é, aquela cuja paternidade é atribuída a Locke, em contraposição ao absolutismo então combatido, em que a função suprema era a Executiva, que concentrava em si todas as demais funções, defendia-se que a função suprema do Estado fosse atribuída ao Legislativo, estando a ele subordinadas todas as demais funções — que, em Locke, eram a Executiva e a Federativa —, havendo ainda o direito de resistência por parte do povo, que poderia dissolver ou alterar a composição do Legislativo, caso verificasse que este não cumprisse com a sua obrigação, estabelecida no contrato social, ou seja, a preservação da harmonia do corpo social. Note que não havia, até então, a função judiciária propriamente dita, confundindo-se esta em certa medida com o Executivo, que tinha como atribuição principal, segundo a visão lockeana, a execução das leis. Portanto, a atuação do Estado estava limitada pelas leis.

A figura do juiz como boca da lei tem origem nesse contexto de supremacia do Legislativo. Tal entendimento foi mantido na clássica teoria da separação dos poderes de Montesquieu, que, embora tenha tripartido os poderes,

¹ HOBBS DE MALMESBURY. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. p. 130-131.

considerava o Judiciário como um poder nulo, já que os juízes de uma nação devem observar a literalidade da lei, pronunciando-a sem emitirem sua opinião e sem moderarem a força e o rigor das leis:² se os julgamentos “fossem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos”.³ É neste sentido que Montesquieu afirma que apenas nos Estados despóticos a regra é o juiz, sendo que nas monarquias o juiz ou observa a lei ou procura o seu espírito, e nas repúblicas, a observam literalmente.⁴ Portanto, somente ao Legislativo caberia criar o direito, restringindo-se o Judiciário a declará-la aplicável ao caso concreto, enquanto que o Executivo deveria executar as decisões judiciais.⁵ A defesa do Judiciário nulo era uma clara maneira de se querer evitar julgamentos arbitrários como os que ocorriam à época do Antigo Regime, quando imperava a supremacia do Executivo.

Ocorre que, enquanto na França de Montesquieu se entendia o Judiciário como um poder nulo, na Inglaterra e nos Estados Unidos, na mesma época, as lições de Locke já haviam sido deixadas para trás. A tradição judicial inglesa, que acabou por influenciar a norte-americana, baseava-se na atuação do magistrado “preocupada em proteger o indivíduo e em pôr freios no abuso do governo”.⁶ Assim, na Revolução Americana, que ocorreu cerca de uma década antes da francesa, o Judiciário não foi atacado a ponto de ser transformado em um poder nulo.⁷ Foram criados, assim, com base nos mesmos ideais iluministas e com um constante intercâmbio de ideias, dois sistemas distintos. Na tradição do direito codificado, cujos exemplos clássicos são o Código Napoleão (com mais de dois mil artigos) e o Código Prussiano (com mais de 17 mil artigos), a segurança jurídica foi defendida a partir da autossuficiência das leis, que deveriam ser claras e completas, para que o juiz nada tivesse de interpretar, apenas de aplicar. Na tradição de direito consuetudinário, firmou-se desde cedo que a segurança jurídica não se restringiria à aplicação das leis, já que elas poderiam não ser suficientes em si mesmas, devendo-se buscar a segurança e a previsibilidade em outro lugar, isto é, nos precedentes judiciais.⁸ É a partir daí que se começa a enxergar o Judiciário não mais como um poder nulo.

² MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*, v. 1, p. 205-208.

³ *Idem*, p. 203.

⁴ *Idem*, p. 116.

⁵ MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, p. 54.

⁶ *Idem*, p. 57.

⁷ MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO. *The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America*, p. 17.

⁸ MARINONI. *Op. cit.*, p. 63.

Também é a partir daí que o Judiciário começa a galgar, lentamente, uma posição mais ativa no Estado. E a sua ascensão chegou a um nível tal que o seu ativismo na interpretação da legislação e da constituição é tão intenso que de poder nulo ele se tornou em poder supremo. Os tribunais tornaram-se um caminho mais confiável que o legislador e o executivo para a segurança jurídica e a previsibilidade. O Judiciário e, principalmente, as Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais, ampliou tanto a sua autoridade que houve um “deslocamento da autoridade do sistema representativo”,⁹ o que o tornou o guardião dos princípios e dos direitos fundamentais.

Este trabalho tem o propósito de tecer considerações críticas a partir de um artigo escrito pela cientista política alemã, Ingeborg Maus, intitulado *Judiciário como superego da sociedade*.¹⁰ Para tanto, parte-se de uma contextualização sobre qual foi o momento em que se passou da supremacia do Legislativo para a supremacia do Judiciário (seção dois), para, em seguida, realizar um inventário da crítica feita pela autora alemã, associando-a a uma crítica à atuação do Supremo Tribunal Federal brasileiro (seção três) e, em seguida, discorrendo sobre a questão da independência judicial e do comportamento dos juízes, em que se traz uma crítica à leitura das leis e da constituição a partir da moral do aplicador, demonstrando especialmente com Dworkin e Streck o risco que tal atuação tem para uma democracia, a partir de um ativismo judicial que na verdade é um arbitrarismo judicial (seção quatro). Ao final é apresentado um sumário das principais teses do artigo (seção cinco).

2 O início da supremacia do Judiciário

Como afirmado na introdução deste trabalho, houve um momento em que o Judiciário assumiu uma autoridade que até então não possuía, transformando-se, aos poucos, de poder nulo em poder atuante, e deste em poder supremo. Esse momento apresentou-se primeiro nos Estados Unidos e coincide com a Era Lochner (1905-1937), “período em que a Suprema Corte derrubou uma série de leis estaduais que se propunham a regular as relações entre empregadores e empregados”.¹¹ Considerada como um período de intenso ativismo judicial em que a Suprema Corte, sob uma equivocada visão do postulado da

⁹ VIEIRA. Supremocracia. *Revista Direito GV*, p. 443.

¹⁰ MAUS. *Judiciário como superego da sociedade*. *Novos Estudos CEBRAP*. Também publicado no primeiro capítulo de Maus (*O judiciário como superego da sociedade*, 2010).

¹¹ SUNSTEIN. *A Constituição parcial*, p. 55.

neutralidade, tomou várias decisões “que substituíam a vontade do legislador, por intermédio da doutrina do devido processo legal substantivo”,¹² a Era Lochner é ainda muito discutida entre constitucionalistas.

E isso não diz respeito propriamente à correção das decisões locherianas — muitos juristas “acreditam que a legislação sobre o número máximo de horas invalidada em Lochner era uma lei ruim corretamente invalidada”¹³ —, e sim ao fato de terem sido basicamente decisões políticas tomadas pela Suprema Corte. Diga-se: decisões legislativas tomadas por um órgão judiciário. E aí se questiona o ativismo judicial, sua extensão e seu controle: até que ponto o Judiciário pode, em uma nova configuração da separação dos poderes, atuar como legislador (negativo ou positivo), e quem controla esse ativismo?

Como relata Dworkin, a cultura jurídica estadunidense “insiste que os juízes — e especialmente os ministros da Corte Suprema — têm a última palavra sobre a interpretação da Constituição”.¹⁴ Na verdade, essa parece ser uma assunção repetida no mundo todo. Abreviando-se o argumento que será aprofundado mais adiante, diz-se que a Corte Suprema, por ser a guardiã da Constituição, tem legitimidade para estabelecer o que as normas constitucionais significam e querem dizer. E isso se dá a ponto de se poder lançar hipoteticamente a defesa, com a qual obviamente aqui não se concorda, de que um Tribunal Supremo tem esse nome porque exatamente protege todo o ordenamento, mantendo sua coerência e sua unidade.

No caso brasileiro, essa supremacia e esse papel são questionáveis. Aliás, muito questionáveis. Um exemplo recente é esclarecedor, trata-se do RE nº 466.343-1/SP.¹⁵ Nele, o Supremo Tribunal Federal firmou, básica e implicitamente, que uma norma constitucional estabelecida pelo constituinte originário pode ser inconstitucional. A questão se desenvolveu assim. Questionado sobre a legalidade da prisão do infiel depositário em face do Pacto de São José da Costa Rica, o Tribunal reconheceu-lhe o *status* de norma supralegal, tornando ineficaz a legislação que o contrariasse. Em outras palavras, não mais poderia haver prisão civil do depositário infiel. Ocorre que, como o Supremo não tem função de constituinte derivado, a norma constitucional permissiva continua no sistema jurídico nacional, o que gera uma situação curiosa: a legislação que permite a prisão civil do depositário infiel é constitucional, mas

¹² VIEIRA. *Op. cit.*, p. 443.

¹³ POSNER. *How judges think*, p. 281.

¹⁴ DWORKIN. Unenumerated rights: whether and how Roe should be overruled. *The University of Chicago Law Review*, v. 59, p. 383.

¹⁵ RE nº 466.343-1/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 03.12.2008, Pleno, DJ, 05 jun. 2009.

não pode ter eficácia em virtude do Pacto de São José da Costa Rica. Aí está um claro exemplo de como o ativismo judicial (exacerbado) da Corte Suprema pode contribuir para a incoerência em um ordenamento jurídico.

Porém, o questionamento à extensão do e ao controle sobre o ativismo judicial não cessa aí. A questão ganha um colorido maior quando lida com o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos (ou derivados de outros direitos fundamentais) e com as políticas públicas para realizá-los efetivamente. Há que se concordar com Ronald Dworkin, quando diz que a distinção entre direitos fundamentais enumerados e não enumerados é falsa¹⁶ e é geralmente utilizada para questionar “se e quando os tribunais têm autoridade para aplicar direitos não-enumerados na Constituição como genuínos direitos fundamentais”.¹⁷

Em termos mais amplos, seria o mesmo que perguntar se cabe ao Judiciário reconhecer direitos implícitos e concretizá-los mesmo ao arrepio da não interferência na atividade de outros poderes? Isto é: pode o Judiciário, sob um “ativismo judicial”, atuar como legislador positivo (reconhecendo novos direitos) e como executivo positivo (determinando que sejam realizadas políticas públicas ou que se destine determinada verba pública para que seja realizado um direito)? Enfim, pode o Judiciário ampliar suas competências constitucionalmente firmadas e furar o princípio basilar da organização dos poderes que é a sua separação interdependente, harmônica e cooperativa?

3 A crítica ao Judiciário como superego

Nesse ponto, a crítica de Ingeborg Maus é contundente. Em um artigo escrito em 1989, a autora alemã traz uma crítica ao ativismo judicial e à consequente supremacia do Judiciário, que substitui o modelo anterior, baseado na supremacia do Legislativo. Ao identificar tal ascensão, ela denomina o Judiciário de *terceiro poder* e o compara com o superego desenvolvido pela psicanálise.¹⁸

O *superego*, ao lado do *ego* e do *id*, compõe a tríade do aparelho psíquico freudiano. O *id* é uma entidade psíquica completamente interna que “contém tudo o que é herdado, que se acha presente no nascimento, que está assente na constituição” do indivíduo.¹⁹ O *ego* funciona como uma espécie de

¹⁶ DWORKIN. *Op. cit.*, 1992, p. 381.

¹⁷ DWORKIN. *Op. cit.*, 1992, p. 387.

¹⁸ MAUS. *Op. cit.*, 2010, p. 15.

¹⁹ FREUD. *Esboço de psicanálise*, p. 199.

fachada do *id*,²⁰ consistindo em um desenvolvimento especial de uma porção do *id*, sendo uma entidade intermediária entre o *id* e o mundo externo, caracterizando-se, pois, como uma parte da psique “equipada com órgãos para receber estímulos e com disposições para agir como um escudo protetor contra estímulos”; exercendo, assim, uma tarefa de autopreservação, armazenando experiências na memória, evitando estímulos muito intensos, adaptando-se a estímulos moderados e produzindo mudanças em seu próprio benefício no mundo externo, por um lado; e, por outro lado, controlando as exigências dos estímulos, ou seja, decidindo se elas devem ser ou não satisfeitas, quando e como.²¹ Por fim, o *superego* consiste no “longo período da infância, durante o qual o ser humano em crescimento vive na dependência dos pais”, constituindo-se, portanto, em “um agente especial no qual se prolonga a influência parental”.²² Assim, o *ego* tem de dar conta de três forças, conciliando-as: os instintos do *id*, os estímulos da *realidade* e as influências do *superego*. Vale dizer, o aparelho psíquico dos indivíduos baseiam-se na hereditariedade (*id*), na tradição (*superego*) e nas experiências do indivíduo (*ego*).

Quando se refere ao Judiciário como superego, Ingeborg Maus o faz exatamente no sentido freudiano. A criança em seus primeiros contatos com a realidade ainda não tem desenvolvido o seu *ego*, de maneira que é fortemente influenciada pelo *superego*, que é uma fase primitiva do *ego*, influência esta que persiste na psique do indivíduo durante toda a sua vida. Neste sentido, Freud diz que o sentimento de desamparo do bebê e de anseio pela proteção do pai é a necessidade mais intensa da infância e que pode ser comparada a uma veneração religiosa.²³ É exatamente essa comparação que Maus faz quando diz que parte da sociedade venera o Judiciário como a um ídolo, em virtude de sentir-se órfã de pai, infantilizando-se, no sentido de se sentir dependente da proteção de um pai, que se consubstancia na figura do Judiciário.²⁴ Ora, para uma sociedade que cada vez mais se encontra sob os auspícios de um poder que é, em tese, o mais independente de todos — já que os seus membros não são eleitos —, e que tem substituído não só a vontade dos poderes populares (legislativo e executivo), como também dos poderes constituintes (inclusive o originário), vê-se firmar uma nova tradição em que o Judiciário, mais especificamente o Tribunal Supremo, como já havia dito Rui Barbosa certa vez, “está de

²⁰ FREUD. *O mal-estar na civilização*, p. 133.

²¹ FREUD. *Op. cit.*, p. 199-200.

²² *Idem*, p. 200.

²³ FREUD. *Op. cit.*, 1978b, p. 137.

²⁴ MAUS. *Op. cit.*, p. 15-16.

vela na cúpula do estado”.²⁵ Uma vela que, parafraseando Dworkin, talvez seja temível por ser “grande demais para um navio democrático”.²⁶ Um Judiciário cada vez mais midiático, que tem sido alçado “à condição de administração pública da moral”.²⁷

Se o Tribunal Supremo é realmente o rei da cocada preta, podendo livremente dizer o que é e o que não é constitucional, sem ter de se submeter a nenhum tipo de controle, já que a última palavra é sua, então para que, no caso brasileiro, é eleito um presidente e um corpo legislativo? Ora, se é verdade que todo poder emana do povo, não seria mais sensato que sendo o Judiciário o máximo fossem seus membros eleitos e que os membros dos demais poderes fossem apenas burocratas ou gerentes da coisa pública? A resposta que, por exemplo, Peter Häberle dá a esse questionamento é bem interessante: “se no Estado de direito, todos os cidadãos são, em último termo, *guardiães da constituição*, os juízes constitucionais têm aqui, sem embargo, uma tarefa especial. O recomendável seriam formas mistas de eleição do magistrado, é dizer, que nenhum órgão constitucional deveria ter um monopólio sobre a eleição do juiz constitucional. [...] Uma parte dos juízes (por exemplo, um terço) deveria ser eleita pelas entidades que criam as leis; outra parte, pelo presidente da república..., e a terceira parte por um órgão de administração autônomo de juízes e advogados”.²⁸

Daí a crítica de Maus ao Judiciário. O povo, governado por um poder que ele não escolhe²⁹ e que tem a última palavra, vê-se amputado em sua liberdade, já que as “proibições” legais podem ser ampliadas ao bel-prazer do Judiciário.³⁰ Trata-se, aliás, fundamentalmente da crítica feita por Dworkin à classificação dos direitos não enumerados. Se o judiciário pode interpretar o que o constituinte não quis dizer e pode implantar o que a administração entendeu melhor não satisfazer, então também pode interpretar e realizar ao seu critério as suas atribuições constitucionalmente estabelecidas. Neste sentido, “a ascensão do Judiciário à posição de última instância da consciência social é acompanhada em todos os ramos jurisdicionais por um método de aplicação do direito que

²⁵ Epígrafe do texto de: VIEIRA. *Op. cit.*, p. 441.

²⁶ DWORKIN. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*, p. 17.

²⁷ MAUS. *Op. cit.*, 2010, p. 22.

²⁸ HÄBERLE. Entrevista de César Landa. El rol de los tribunales constitucionales ante los desafíos contemporáneos. In: VALADÉS (Org.). *Conversaciones académicas con Peter Häberle*, p. 7-8.

²⁹ Um poder, aliás, de formação política, já que as constituições se utilizam geralmente de conceitos claramente e propositadamente indeterminados, em uma palavra: subjetivos, a serem utilizados pelas autoridades que irão escolher os membros dos tribunais.

³⁰ MAUS. *Op. cit.*, 2010, p. 23.

não apenas corrige as representações de Montesquieu quanto a seus elementos ilusórios, mas também as transforma em seu exato inverso. As leis, a despeito de suas respectivas densidades regulatórias, são reconhecidas apenas como predições altamente improváveis e como premissas da atividade decisória judicial.³¹ O que importa mesmo, mais que as leis e que a própria constituição, é a interpretação que o Judiciário, máxime a Corte Suprema, lhes dará.

Um caso curioso acerca disso no direito brasileiro é o do art. 114, I, da Constituição Federal, alterado pela Emenda Constitucional nº 45/2004. O texto anterior estabelecia claramente que competia à justiça do trabalho conciliar e julgar todas as controvérsias advindas de relações de trabalho, entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e a administração pública direta e indireta nos três níveis da federação. E o entendimento prevalente na doutrina e, principalmente, na jurisprudência era o de que a competência se referia apenas às relações de emprego. Nesta aba, o constituinte derivado, exercendo a função que lhe é atribuída constitucionalmente, e não sendo alienado, ou seja, sabendo da orientação jurisprudencial, reformou o dispositivo indicando como sendo da competência da justiça do trabalho processar e julgar as ações oriundas de relações de trabalho, inclusive os entes de direito público externo e a administração pública direta e indireta dos três níveis da federação. Vale dizer, o entendimento do constituinte derivado, assim como o do originário, foi exatamente o mesmo, com a diferença de que o derivado apenas repetiu o texto, pois o judiciário o havia interpretado de uma forma equivocada. Não obstante, o Tribunal Supremo brasileiro, na ADI nº 3.395-6, fazendo a exegese do dispositivo, suspendeu toda e qualquer interpretação que possa entender que a justiça laboral processe e julgue controvérsias entre o poder público e seus servidores. O que o STF quis dizer foi, sucintamente, que a justiça do trabalho só se preocupa com relações de emprego; embora tanto o constituinte originário quanto o derivado tenham firmado relações de trabalho, que é gênero.

E, então, vale o quê o legislador ou, no caso, o constituinte derivado, que foi eleito democraticamente pelo povo? Ou a discricionariedade jurisdicional é tão grande que a Suprema Corte pode suplantar o constituinte?

Daí a ironia de Ingeborg Maus, segundo a qual “a ‘competência’ do Tribunal Constitucional alemão [e aqui o paralelo com o Supremo Tribunal Federal brasileiro e com outras Cortes Supremas é inevitável e concebível]

³¹ MAUS. *Op. cit.*, 2010, p. 28.

— como a de qualquer outro órgão constitucional — não deriva mais da Constituição, mas a precede. Ela decorre diretamente dos princípios jurídicos suprapositivos que o próprio Tribunal desenvolve em seus critérios de exame pré-constitucionais, e, por conseguinte, rompe os limites de toda ‘competência’ constitucional”.³² E continua: “O Tribunal submete todas as demais instâncias políticas à Constituição por ele interpretada e aos princípios jurídicos suprapositivos por ele afirmados, enquanto ele mesmo isenta-se de todas as vinculações jurídico-constitucionais”.³³ Daí que o cidadão fique sujeito a mudanças interpretativas que ninguém, senão os próprios juízes, com as suas várias construções principiológicas (valorativas), conseguem enxergar. Uma lei pode estabelecer uma proibição que pode ser ampliada ou reduzida por uma mutação legal determinada pelo judiciário, ou seja, o sujeito só há de saber o que é realmente proibido depois de um processo judicial, aprendendo, “para o futuro, a deduzir (de forma extremamente incerta) das decisões judiciais o que é ‘permitido’. Os âmbitos prévios de liberdade do indivíduo transformam-se, assim, em um produto da atividade decisória judicial, fabricado caso a caso”.³⁴ Mas de onde o judiciário tira a legitimação de um poder tão grande?

Oscar Vilhena Vieira indica três possíveis causas para isso, não necessariamente mutuamente excludentes. Segundo ele, alguns analistas acreditam que a expansão do judiciário se deve ao fato de que “os tribunais constituiriam um meio mais confiável para garantir a segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade do que legisladores democráticos, premidos por demandas ‘populistas’ e necessariamente pouco eficientes, de uma perspectiva econômica”.³⁵ Trata-se de uma causa que em algum momento histórico foi verdadeira, mas que atualmente não condiz com a realidade, já que os processos judiciais têm tramitado cada vez mais lentamente e que as medidas coercivas têm sido cada vez mais ineficientes, seja por descumprimento, seja por serem demasiado incoercíveis. Outra causa é a “retração do sistema representativo e de sua incapacidade de cumprir as promessas de justiça e igualdade”.³⁶ Trata-se de hipótese bastante interessante, pois se baseia na ideia de que os poderes que emanam do povo não dão conta dos interesses do povo, de modo que se recorre ao único poder que não emana do povo para substituir a vontade dos poderes ineficientes. Isso tem pelo menos duas consequências: o maior enfraquecimento

³² MAUS. *Op. cit.*, 2010, p. 25.

³³ MAUS. *Op. cit.*, 2010, p. 25.

³⁴ MAUS. *Op. cit.*, 2010, p. 23.

³⁵ VIEIRA. *Op. cit.*, 2008, p. 442.

³⁶ VIEIRA. *Op. cit.*, 2008, p. 443.

da democracia³⁷ e um aumento da dependência da sociedade em relação ao Judiciário. A terceira causa que é apontada por Vieira é o “avanço das constituições rígidas, dotadas de sistemas de controle de constitucionalidade”.³⁸ O nascimento da supremacia do Judiciário como superego da sociedade está aí, nesse controle, que surge inicialmente na Inglaterra, como um controle judicial dos atos do parlamento,³⁹ e que foi herdado pelo sistema estadunidense, que o desenvolveu.

Espera-se, assim, que o Judiciário enquanto superego resolva, como um pai, os desvios de comportamento da sociedade. Inculca-se, assim, para utilizar uma ideia de Pierre Bourdieu, um arbitrário cultural, um *habitus* que deposita na sociedade um comportamento mecânico: as pessoas elegem seus representantes mais com base na propaganda (institucional e pessoal — algo que os regimes totalitários da primeira metade do século 20 legaram à posteridade) do que propriamente com fulcro em seus interesses enquanto cidadãos; e como ninguém se habilita a fazer um controle efetivo das promessas eleitorais, quando os representantes do povo não dão conta dos interesses deste, as pessoas recorrem ao Judiciário. O axioma fundamental da crítica ao *habitus* feita por Bourdieu — “todo poder de violência simbólica, ou seja, todo poder que logra impor significações e impô-las como legítimas dissimulando as relações de força em que se funda sua própria força, acrescenta sua força própria, isto é, propriamente simbólica, a essas relações de força”⁴⁰ — encaixa-se com perfeição nesse problema.

O próprio sistema jurídico contribui para o exercício de uma violência simbólica pelo judiciário, qual seja: a necessidade de se instaurar um conflito judicial para resolver questões simples do cotidiano humano. Se os legisladores não editassem propositadamente leis confusas, subjetivas e ambíguas, repletas de conceitos indeterminados, que deixam ao alvedrio, à discricionariedade do Judiciário a sua interpretação; se os administradores públicos atuassem como gerenciadores da coisa pública, aplicando-a e fazendo-a render na forma como estabelece o ordenamento constitucional; então talvez o judiciário não detivesse a força que atualmente detém, ou talvez detivesse uma força tanto menor. Mas o que há, ao contrário, é um *habitus* cada vez mais

³⁷ VIEIRA. *Op. cit.*, 2008, p. 443.

³⁸ VIEIRA. *Op. cit.*, 2008, p. 443.

³⁹ MARINONI. *Op. cit.*, 2010, p. 44-45.

⁴⁰ BOURDIEU; PASSERON. *La reproducción: elementos para una teoría del sistema de enseñanza*, p. 44.

enraizado na sociedade de um culto quase que religioso ao Judiciário, que vai se tornando cada vez mais uma *tradição*, uma cultura arbitrária que a própria sociedade se impõe em virtude de sua própria omissão, em virtude de sua própria ilusão, decorrente da deformação de um *ego* — sempre no sentido freudiano — capaz de filtrar os estímulos externos, protegendo o indivíduo daquilo que pode levar à sua própria infantilização.

Ora, se as leis não são mais, assumidamente, suficientes, então, como a população tende a simplesmente votar — e não a exercer a sua cidadania —, fica aos poderes restantes tomar as rédeas da sociedade. Foi exatamente o que aconteceu com o Judiciário, que logo tratou de se firmar como o guardião da constituição, que, sendo a norma máxima na ordem jurídica, a vela, na feliz expressão de Rui Barbosa, que irradia seus efeitos constitucionalizadores sobre as demais normas jurídicas, também permite que os tribunais supremos sejam guardiães de todo o ordenamento. Surge, então, a *moda das decisões de efeito vinculante*: aquelas que orientam “o juízo à aplicação de um determinado entendimento já consolidado em jurisprudência dominante ou em súmula, promovendo a solução rápida de questões acerca das quais já há entendimento firmado”.⁴¹ Essas decisões de efeito vinculante são os chamados *precedentes*, isto é, decisões que derivam de fontes dotadas de autoridade legitimada para interferir sobre a vida dos outros:⁴² os tribunais supremos criam decisões que vinculam (têm força de lei) ao menos os demais órgãos judiciais e administrativos — e interessantemente não vinculam, normalmente, os órgãos legislativos, o que é de qualquer forma desnecessário, já que estes em geral se mantêm inertes no exercício de sua atividade. O problema é que, dada a ausência de limitação interpretativa que os tribunais supremos adquiriram, os precedentes variam conforme os gostos, as preferências e as composições das Cortes, sendo ora altamente conservadores, o que Ingeborg Maus critica sob o sistema autorreferencial,⁴³ isto é, de decisões conforme as decisões anteriormente tomadas pelo tribunal; sendo ora altamente aleatórios, desrespeitando precedentes, ou seja, detonando a segurança jurídica que se espera obter ao acionar o judiciário. Fora quando não decidem *contra legem*, justificando sua decisão em uma interpretação da constituição que, para um sujeito razoável, não existe.

⁴¹ HOMEM DE SIQUEIRA. Breve estudo sobre as decisões de efeito vinculante no sistema processual brasileiro. *Revista de Processo*, p. 121.

⁴² MARINONI. *Op. cit.*, 2010, p. 107.

⁴³ MAUS. *Op. cit.*, 2010, p. 27.

Aliás, essa é uma crítica também feita por Ingeborg Maus em seu trabalho, quer dizer, ela critica “a conversão da Constituição em um ‘ordenamento de valores’ [que] confere a cada uma das disposições constitucionais (além da ‘abertura das formulações’) uma imprecisão que permite complementar os princípios constitucionais positivados ao bel-prazer com outros aspectos”.⁴⁴ Isso se coaduna com a crítica atualmente feita do excesso de princípios “extraíveis” do ordenamento jurídico desde um processo judiciário interpretativo duvidoso. O que resulta em um excesso de princípios — chamados normativos, transparecendo uma clara confusão entre normas de direito ou normas em sentido amplo e normas positivadas ou normas em sentido estrito ou, simplesmente, regras⁴⁵ —, que se confundindo com valores — daí o nome “jurisprudência de valores” — resultam em um procedimento de ponderação de interesses, de valores ou de princípios, mas não de normas, que é, no fim, o que realmente importaria.

Voltando-se a crítica especialmente ao Judiciário brasileiro, encontra-se, o que não é raro, a importação de teorias que, em vez de se adequarem ao caso concreto, são implantadas para que o caso concreto se ajuste a elas. A importação de teorias prontas tem um enorme efeito nefasto sobre as relações jurídicas. E isso se deu, por exemplo, com a teoria alemã da *jurisprudência de valores*. Essa teoria, no caso alemão, “serviu para equalizar a tensão produzida depois da outorga da *Grundgesetz* pelos aliados, em 1949. Com efeito, nos anos que sucederam a consagração da lei fundamental, houve um esforço considerável por parte do *Bundesverfassungsgericht* para legitimar uma Carta que não tinha sido constituída pela ampla participação do povo alemão”, em que a referência a uma jurisprudência de valores aparece “como mecanismo de ‘abertura’ de uma legalidade extremamente fechada que possibilitara, em alguma medida, o totalitarismo nazista”.⁴⁶ Os valores aí são claramente os valores do povo alemão — já que a constituição havia sido imposta por forças externas — e não os valores dos magistrados, como a teoria acabou sendo aplicada no Brasil.

Incrementou-se, então, a independência — que, no Brasil, parece ser sinônimo de irresponsabilidade — dos juízes, concedendo-lhes a possibilidade de fazer uma leitura da constituição a partir da moral deles, ao contrário

⁴⁴ MAUS. *Op. cit.*, 2010, p. 38.

⁴⁵ Neste sentido, ver, entre outros: HOMEM DE SIQUEIRA. Far beyond from norms, distinguishing rules and principles. *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*; CATTONI DE OLIVEIRA. Prefácio. In: COURA. *Hermenêutica jurídica e jurisdição (in)constitucional: para uma análise crítica da “jurisprudência de valores” à luz da teoria discursiva de Habermas*, p. 16.

⁴⁶ STRECK. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*, p. 20-21.

daquilo que tanto a teoria alemã da jurisprudência de valores quanto a leitura moral da constituição proposta por Dworkin preconizam.

4 Independência e comportamento dos juízes

É dentro desse parâmetro que se pode questionar, então, o que significa uma independência judicial e criticar o comportamento dos magistrados, que, segundo a crítica incisiva de Ingeborg Maus, é cada vez mais evidente na tendência judicial ao biografismo,⁴⁷ normalmente refletido em decisões que deem ao juiz algum tipo de retorno profissional, ou até mesmo pessoal, o que, aliás, muito se reflete quando os juízes afirmam estar julgando conforme suas consciências.

Antes de tratar, porém, sobre a questão do comportamento dos juízes ao decidirem os casos que lhes são apresentados, é preciso que se trate sobre a questão da independência judicial: um argumento (utilizado para defender as decisões judiciais baseadas na consciência do magistrado) muito citado, porém pouco entendido. Neste sentido, parte do problema se deve ao amorfismo da expressão *independência judicial*, ou seja, seu significado muda de acordo com o contexto em que é usado, por assim dizer, de acordo com as conveniências dos utentes, de maneira que a questão é "de quem ou de quê o judiciário é 'independente'".⁴⁸ É, portanto, necessário apurar qual o sentido de *independência judicial*.

Os contornos do significado de independência judicial podem ser definidos a partir de dois prismas. O primeiro considera que ele possa ser definido a partir da independência entre o Judiciário e o Executivo. O segundo considera que, dada a independência em relação ao poder Executivo, os juízes têm discricionariedade para julgar causas sobre áreas específicas do direito, liberdade esta que varia de acordo com a composição política e com a interação estratégica entre os três poderes do Estado.⁴⁹ De aí que, a princípio, parece não haver independência entre o Judiciário e o Legislativo, já que este poderá, de acordo com arranjos institucionais ou com questões do jogo político, expandir o campo de atuação ou limitá-lo através de leis ou de emendas constitucionais.⁵⁰

⁴⁷ MAUS. *Op. cit.*, 2010, p. 17.

⁴⁸ TIEDE. Judicial independence: often cited, rarely understood. *Journal of Contemporary Legal Issues*, p. 130.

⁴⁹ MCNOLLGAST. Conditions for judicial independence. *Legal Studies Research Paper Series*.

⁵⁰ TIEDE. *Op. cit.*, p. 133-135.

O sentido de independência judicial que prevalece na teoria é de que o Judiciário é independente do Executivo, mas não do Legislativo. Tanto isso faz sentido que, se não fosse assim, as decisões de efeito vinculante previstas no Texto Constitucional não vinculariam apenas o próprio Judiciário e a Administração Pública (aí incluído o Executivo), mas não o Legislativo no exercício de sua função típica (legislar), que pode, aliás, criar leis contrárias a enunciados das súmulas dos tribunais.

Questão situada ao lado da independência judicial é a *responsabilidade judicial*. Para alguns, um Judiciário independente deveria ser irresponsável, enquanto que um Judiciário responsável deveria ser dependente. Porém, na prática e segundo a Constituição Federal, a ligação entre independência e irresponsabilidade não existe necessariamente. Dito de outra maneira, independência e responsabilidade não são antagônicas. Bem assim, não pode o juiz, utilizando-se de sua independência, proferir decisões contrárias à lei, ou, no caso de omissão legal, contrária a possível analogia, aplicação de costumes ou aos princípios gerais do direito. Pode-se extrair, por exemplo, do art. 95, I, da Constituição Federal brasileira, que o juiz de primeiro grau deva passar por um estágio probatório, em que, em tese, seu comportamento — incluindo o teor, a eficácia e a consequência de suas decisões — será observado por uma junta especializada, podendo perder o cargo se o tribunal a que estiver vinculado assim deliberar. Depois desse estágio, o juiz adquire uma vitaliciedade relativa, já que poderá perder o cargo se contra ele pender decisão judicial transitada em julgado. Portanto, a Constituição Federal permite que os juízes sejam removidos de seus cargos, mas não só os juízes, como também os desembargadores (juízes de tribunais recursais) e os ministros (juízes de tribunais superiores). Além disso, para verificar se os juízes estão agindo dentro dos limites de sua *independência*, isto é, com *responsabilidade*, há o Conselho Nacional de Justiça, que, entre outras funções, recebe e conhece das reclamações contra membros ou órgãos do Judiciário e representa ao Ministério Público no caso de crime contra a Administração Pública ou no caso de abuso de autoridade.

A inter-relação entre *independência* e *responsabilidade* é, pois, clara na ordem jurídica brasileira. Porém, apesar de toda a discricionariedade conferida aos juízes em razão de sua *independência*, há restrições a como eles decidem os casos que lhes são apresentados, ou seja, em razão da *responsabilidade* os juízes não podem aplicar nem criar o direito de qualquer maneira. Isto é, não podem fazê-lo de acordo com as suas consciências. Neste sentido, deve-se analisar o problema do comportamento dos juízes quando eles têm de decidir

um caso, tendo em vista, principalmente, aquelas decisões dadas em sede de *casos difíceis*, ou seja, nas decisões a serem proferidas em casos para os quais não haja uma resposta jurídica muito clara. E essa necessidade decorre do fato de que a tomada de decisões é frequentemente muito difícil, em virtude das incertezas e dos conflitos dos mais variados tipos, além do fato de que, em geral, as pessoas não estão muito certas de quais consequências as suas ações podem ter, já que existe uma variedade imensa de fatores, previsíveis e imprevisíveis, que influenciam os resultados.⁵¹

Falar sobre o comportamento dos juízes depende da análise de um conjunto de fatores como, por exemplo, psicologia, ideologia, mercado de trabalho, critérios econômicos, que não se pretende abordar aqui individualmente nem com pretensão de esgotamento. O que se pretende fazer aqui, muito modestamente, é uma análise, embora não muito aprofundada, das teorias apresentadas por Richard A. Posner em seu livro sobre o comportamento dos juízes.⁵² Embora não se concorde com muitos dos argumentos de Posner, as teorizações por ele feitas nesse livro servem como um bom instrumento comparativo ou exemplificativo em relação àquilo que Ingeborg Maus chamou de tendência ao biografismo e de método autorreferencial.

Embora os críticos, ao resenharem a obra de Posner, tenham apontado que na referida obra o autor não extrai suas conclusões de pesquisas empíricas, a não ser que se possa considerar a “empíria de poltrona”, consistindo, pois, muito mais em experiências de Posner como juiz e de suas próprias crenças,⁵³ o interesse do livro para o presente estudo reside exatamente no biografismo do juiz Posner, o que é representativo da crítica realizada por Ingeborg Maus. Sobre sua empíria de poltrona, o próprio Posner deixa claro na introdução de sua obra: “assim como outros escritos de juízes sobre como juízes julgam, este livro é fortemente influenciado por minhas próprias experiências como juiz”, embora seu propósito “seja muito mais acadêmico que confessional”.⁵⁴

Posner aponta nove teorias sobre o comportamento dos juízes: a) teoria da motivação política (*attitudinal theory*), pela qual as decisões dos juízes dependem de suas preferências políticas, ou seja, baseiam-se em seus objetivos políticos ou naqueles de quem os indicou; b) teoria da estratégia política (*strategic theory*), pela qual o comportamento dos juízes depende da avaliação

⁵¹ SHAFIR; SIMONSON; TVERSKY. Reason-based choice. *Cognition*, p. 12.

⁵² POSNER. *How judges think*, 2008.

⁵³ LEVI. *Book review: autocrat of the armchair*. *Duke Law Journal*, p. 1792-1793.

⁵⁴ POSNER. *Op. cit.*, 2008, p. 6.

que os outros juízes podem fazer sobre suas decisões; c) teoria sociológica (*sociological theory*), de acordo com a qual os juízes se comportam conforme o que é aceito em seus círculos sociais; d) teoria econômica (*economic theory*), pela qual o juiz procura maximizar pelo menos alguma utilidade, obviamente em proveito próprio, com suas decisões, como, por exemplo, renda, poder, prestígio e respeito; e) teoria psicológica (*psychological theory*), segundo a qual os juízes se comportam conforme suas pré-concepções, especialmente para decidir questões duvidosas (*hard cases*); f) teoria organizacional (*organizational theory*), consoante a qual os juízes e o governo têm interesses divergentes, e que, então, o comportamento dos juízes visa minimizar essas divergências para não lhes criar impasses; g) teoria pragmática (*pragmatic theory*), pela qual os juízes sopesam suas decisões com as consequências que delas podem advir; h) teoria fenomenológica (*phenomenological theory*), a partir da qual o que influencia o comportamento dos juízes são as suas experiências; i) teoria legalista (*legalist theory*), consoante a qual o comportamento dos juízes é determinado pelas leis, pelos precedentes ou pelas operações lógicas que decorrem dessas fontes.⁵⁵ Posner indica, portanto, nove tipos ideais, para usar a linguagem weberiana, que se inter-relacionam e permitem explicar o comportamento do Judiciário como superego da sociedade.

As teorias político-motivacional, político-estratégica e sociológica têm muito em comum. Pode-se dizer que a última combina as duas primeiras e que a segunda é um meio para atingir um fim, que é a primeira. De acordo com esse trio, o Judiciário pode ser visto como um órgão político.⁵⁶ Vale dizer, o comportamento dos juízes é fortemente influenciado pelo ambiente político em que eles se situam e do qual eles provêm, especialmente na hipótese daqueles juízes que são escolhidos pelo Executivo e que passam pelo crivo do Legislativo, como no caso de promoções por merecimento. Ora, de acordo com essa perspectiva, as escolhas dos juízes a partir de critérios subjetivos (notório saber jurídico, desempenho, reputação ilibada etc.) — por mais que estejam objetivamente estabelecidos nas leis — é praticamente política. Há que se observar, todavia, que vincular a ideologia dos juízes com a ideologia (do partido político) do chefe do executivo que o escolheu não é um bom indicativo

⁵⁵ POSNER. *Op. cit.*, 2008, p. 19-41.

⁵⁶ POSNER. The Supreme Court, 2004 term. Foreword: a political Court. *Harvard Law Review*; GEORGE; YOON. Chief judges: the limits of attitudinal theory and possible paradox of managerial judging. *Vanderbilt Law Review*, p. 3-4.

para essas teorias.⁵⁷ Talvez, melhor seria dizer que a origem dos juízes escolhidos pelo Executivo é que tem influência em suas decisões, o que não abandona a ideia de se tratar de uma escolha de viés político. Geralmente, embora nem sempre, as decisões cujo pano de fundo pode ser explicado a partir dessas teorias são justamente aquelas em que há uma maior discricionariedade dos juízes. Trata-se de um grupo de decisões em que os juízes mais criam que aplicam o direito. Isto é, decisões que decorrem da análise de casos em que há omissão legal no que se refere ao seu tratamento, ou mesmo quando a decisão vise justificar alguma política pública estatal.

No entanto, tais teorias não andam sozinhas. Elas conduzem a análise do comportamento judicial às *teorias econômica e psicológica* (esta, em razão de uma proximidade maior, será tratada com a teoria fenomenológica). A teoria econômica trabalha no sentido de que os juízes realizam maximizações racionais, ou seja, tendem a maximizar algum fator para realizar suas próprias preferências.⁵⁸ Assim, ao decidirem as demandas que lhes são submetidas, os juízes procuram sempre um tipo de decisão que lhes traga algum benefício em curto, médio ou longo prazo. Podem ser citados como exemplos de benefícios o prestígio, o poder e o reconhecimento. Em uma síntese bem fácil de entender: o que os juízes maximizam? As mesmas coisas que qualquer outra pessoa.⁵⁹ Por mais que o adágio popularmente repetido diga que dinheiro não compra felicidade, e apesar de pairarem dúvidas sobre tal dito, dinheiro, em geral, isto é, se bem empregado, traz estabilidade e tranquilidade — é um maximizador de utilidades. De aí que todo reconhecimento que uma pessoa possa receber geralmente tem como fim, direto ou indireto, um ganho econômico ou o atingimento de um interesse próprio. Não se quer afirmar com isso que referida teoria justifica a venda de decisões pelos juízes, esse tipo de conduta não pode ser justificado em hipótese alguma. Por outra, é claramente visível que a teoria econômica se liga fortemente às três teorias anteriores, especialmente à teoria político-estratégica, a qual pode ser encarada como um meio para que se possam atingir fins econômicos.

⁵⁷ POSNER. *Op. cit.*, 2008, p. 26; REVESZ. Congressional influence on judicial behavior?: an empirical examination of challenges to agency action in the D.C. Circuit. *New York University Law Review*, p. 1102.

⁵⁸ POSNER. *Op. cit.*, 2008, p. 35; SIEGEL. Sen and the Hart jurisprudence: a critique of the economic analysis of judicial behavior. *California Law Review*, p. 1583; SIMON. A behavioral model of rational choice. *The Quarterly Journal of Economics*, p. 99.

⁵⁹ POSNER. What do judges maximize? (The same thing everybody else does). *John M. Olin Law & Economics*.

A teoria econômica parte, pois, especialmente da análise econômica do direito. Contudo, tem recebido críticas procedentes. Por exemplo, para Neil Siegel tal teoria apresenta falhas em duas situações.⁶⁰ A primeira advém da existência de precedentes: se os juízes se comportassem estritamente em função de ganhos econômicos ou de estratégias políticas e não observassem os precedentes dos tribunais superiores que os vinculam em suas tomadas de decisão — é claro que não se tratando de decisões em que seja possível afastar a aplicação dos precedentes — as tomadas de decisões de tais juízes seriam postas em dúvida, e eles se sujeitariam à correção dos órgãos competentes, o que se imagina não seja o objetivo de nenhum juiz em sua consciência. A segunda consiste na possibilidade de que mesmo o juiz ao proferir uma decisão baseada em suas preferências, ao tentar maximizar algo em seu benefício, sujeitando-se ou não a uma eventual ação corretiva, pode acabar por ter suas expectativas frustradas, pois pode ser que a decisão seja vista como o cumprimento de suas obrigações judiciais.

Ligadas às quatro teorias anteriormente enunciadas estão as *teorias organizacional e pragmática*. A primeira lida com a tentativa de se criar um equilíbrio entre as posições adotadas pelo juiz e pelo governo, ou seja, trata-se da procura pelo arranjo que não frustre ou não frustre tanto as regras do jogo, a ponto de não revelar as divergências entre o Judiciário e o Executivo, a fim de não serem criados impasses. De toda forma, a teoria organizacional é muito próxima à teoria político-estratégica e, de algum modo, à teoria econômica. Por sua vez, a segunda teoria (pragmática) trabalha com o equilíbrio entre a decisão e as consequências que dela poderão advir. Luís Roberto Barroso bem resume o que seria uma decisão pragmática: aquela que tem a aptidão para gerar as melhores consequências práticas de acordo com o contexto no qual está inserida, e não simplesmente em virtude de sua coerência com o texto legal.⁶¹

Na sequência vem a *teoria psicológica* e a *fenomenológica*. A conexão entre elas está em que a primeira contempla a influência das pré-concepções, dos pré-conceitos dos juízes, e a segunda lida com as suas experiências enquanto cidadão, e não enquanto servidor público. A junção delas bem poderia resultar em uma *teoria do juiz enquanto ser humano*, porque, como avalia Schauer, para o comportamento judicial, segundo a literatura especializada, e com poucas exceções, tem muito valor o fato de o juiz ser um ser humano,

⁶⁰ SIEGEL. *Op. cit.*, p. 1583.

⁶¹ BARROSO. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, p. 283.

agindo conforme suas pré-concepções e experiências.⁶² Por tais teorias, o juiz age de acordo com as doutrinas (filosóficas, religiosas etc.) com que tem maior afinidade, com as experiências de vida (parcialmente) similares com o objeto da causa, entre outras possíveis influências. Tal tipo de comportamento geralmente transparece nos casos em que a atuação discricionária do juiz é maior (*open cases* ou *hard cases*).

Por fim, há que se tratar sobre a *teoria legalista* que se liga retilineamente com a teoria pragmática, passando pela teoria psicológica e pela fenomenológica. Pela teoria legalista, o comportamento dos juízes pauta-se, basicamente, pelos preceitos legais, podendo também ser pautado pelos precedentes ou pelas operações lógicas alcançáveis a partir dessas fontes.

Essas nove teorias e outras que possam surgir para classificar o comportamento dos juízes permitem explicar, ao menos teoricamente, como os juízes atuam e como eles pensam. Especialmente nas últimas décadas, em que o Judiciário, máxime as Cortes Supremas vêm se atribuindo e reafirmando cada vez mais essa função de vela do Estado, detentoras da interpretação do ordenamento jurídico que deve ser seguida e que, em tese, não pode ser contestada (*dogma da última palavra*), legitimada por uma série de princípios — na verdade, valores — pretensamente extraíveis da ordem jurídica, mas normalmente presentes numa principiologia hipotética fundamental.

Nesse passo, cabe a crítica que Ingeborg Maus faz a Ronald Dworkin. De acordo com a autora alemã, o autor norte-americano “é expressão plena do pensamento dominante de que direito e moral não podem ser separados na atividade jurisprudencial”, esclarecendo que “segundo ele, as perspectivas morais e os princípios são imanentes ao conceito de direito, mesmo quando não encontram apoio no texto legal, e devem orientar desde o início o trabalho decisório judicial”.⁶³ Tal crítica, no entanto, não parece ser fundada, já que o próprio R. Dworkin, em um debate travado com Richard Posner sobre os direitos não enumerados, deixa claro que, nas últimas décadas, os magistrados, e notadamente as Supremas Cortes, têm “enumerado” direitos que não estão na Constituição, e sim que foram inventados pelos próprios juízes.⁶⁴ O mesmo vale para o excesso de princípios que emanariam da Constituição. Na verdade,

⁶² SCHAUER. Is there a psychology of judging?. *KSG Faculty Research Working Paper Series*, p. 1-2.

⁶³ MAUS. *Op. cit.*, 2000, p. 186.

⁶⁴ DWORKIN. *Op. cit.*, 1992. A mesma assertiva se encontra na introdução de seu seguinte livro: DWORKIN. *Op. cit.*, 2006, p. 1.

princípios inventados pelos próprios magistrados, com base em valores (morais ou de outra ordem) seus, para justificar suas próprias decisões.

Quando Dworkin defende uma leitura moral da Constituição,⁶⁵ ele não afirma que os juízes podem se utilizar de seus próprios valores para decidirem os casos que lhes são submetidos. Ele é bem claro quando afirma: “somos governados pelo que nossos legisladores disseram — pelos princípios que declararam — e não por quaisquer informações acerca de como eles mesmos teriam interpretado esses princípios ou os teriam aplicado em casos concretos”.⁶⁶ E, ainda, com todas as letras: “os juízes não podem dizer que a Constituição expressa suas próprias convicções”.⁶⁷ Isto equivale a dizer que os juízes podem fazer uma interpretação moral da Constituição — isto é, uma interpretação baseada numa leitura histórica, de acordo com o que o legislador disse em um determinado momento histórico, além de ser também uma leitura baseada na prática e na integridade⁶⁸ —, e o que não podem fazer é aplicar os seus próprios valores morais — aquilo que consideram como certo ou errado, como bom ou mal —, como se eles pudessem ser extraídos do texto constitucional, na forma de princípios não enumerados, enfim, implícitos.

Até porque não é possível, como demonstra a mais moderna hermenêutica, representada por autores como Heidegger e Gadamer, por exemplo, extrair “pura e simplesmente” o sentido do texto que “se encontra lá”, previamente no texto. Todo trabalho interpretativo é sempre um trabalho construtivo, de diálogo entre dois horizontes de sentido, o do autor do texto e o do intérprete. Na verdade, toda hermenêutica se baseia nessa fusão de horizontes de sentido.⁶⁹

Maus, ao criticar Dworkin, não compreende que a integridade que o próprio Direito exige, leva a que se perceba que a relação entre Direito e Moral não é de exclusão mútua e nem mesmo de complementariedade, como quer Habermas, por exemplo,⁷⁰ mas de dependência, é dizer, “o Direito é um compartimento da Moral”.⁷¹

O Direito é um compartimento da Moral, porque o cerne do Direito é formado por princípios morais que compartilhamos enquanto uma comunidade

⁶⁵ DWORKIN. *Op. cit.*, 2006.

⁶⁶ *Idem*, p. 15.

⁶⁷ *Idem*, p. 15.

⁶⁸ *Idem*, p. 17.

⁶⁹ Nesse sentido, *vide*, por exemplo: GADAMER. *Verdade e método*. Ou, ainda, DWORKIN. *O império do direito*. DWORKIN. *Uma questão de princípio*, 2000.

⁷⁰ HABERMAS. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*.

⁷¹ DWORKIN. *A Justiça de toga*.

de pessoas livres e iguais. Assim, os princípios da igualdade, liberdade, devido processo legal, democracia e tantos outros são, antes de tudo, princípios morais que o Direito incorpora. E, mesmo que o Direito não os incorporasse, na perspectiva dworkiniana, tais princípios não deixariam de ser jurídicos e de serem passíveis de aplicação pelos juízes. Assim, os juízes devem desenvolver essa moralidade crítica, a moralidade política da comunidade, e não, como quer fazer crer Maus, uma moralidade individual ou de um determinado grupo de uma determinada sociedade, que é sempre plural e complexa.

Mas isso não leva a um ativismo judicial, pois em virtude de nossa própria moralidade política calcada na ideia de que somos nós mesmos que nos autogovernamos, o Judiciário não pode simplesmente impor sua vontade contra a vontade de todo o povo. Os juízes não podem, dessa forma, em nome de desenvolver a moralidade da comunidade, sair inventando direitos que não existem em nossa prática política e social. Devem respeitar a vontade do povo soberano e a própria criação legislativa e democrática do Direito.

Em outras palavras, é somente através da integridade do Direito que se pode saber se um magistrado estará atuando nos limites impostos pelo povo soberano ou se ele está criando direitos novos. Daí por que a desconsideração da estrutura da integridade na obra de Dworkin levou Ingeborg Maus a tecer críticas que, se são corretas em relação a Robert Alexy e ao Tribunal Constitucional Alemão [podendo-se dizer que também são corretas em relação à recente prática decisional do Supremo Tribunal Federal brasileiro], erram profundamente o alvo no que concerne à teoria do Direito como Integridade de Ronald Dworkin. Vejamos o porquê.

De acordo com Ronald Dworkin, o Direito é um projeto coletivo de uma comunidade de pessoas livres e iguais que estabelecem normas que regerão suas vidas em comunidade. Essa é a ideia fundamental da integridade na legislação. As normas, como afirma o autor, devem ser lidas e interpretadas como se tivessem sido produzidas por um único autor, a comunidade personificada.⁷² Para que isso seja possível, devemos encarar essa comunidade como uma comunidade de princípios, uma comunidade fraterna, em que os laços entre os indivíduos não se dão em virtude de acidentes geográficos ou políticos, mas sim porque houve uma escolha racional desses indivíduos. Essa escolha e, conseqüentemente, o sentimento de pertencimento à comunidade daí decorrente somente serão possíveis se a comunidade desenvolver um conjunto de obrigações morais entre seus membros.⁷³

⁷² DWORKIN. *O império do Direito*. *Op. cit.*

⁷³ DWORKIN. *O império do Direito*. *Op. cit.*

Assim, uma comunidade fraterna ou comunidade de princípios é aquela em que as pessoas se sentem unidas em virtude de um projeto político e social comum, pois desenvolvido pelos próprios membros dessa comunidade. É a ideia de que estamos unidos porque nos respeitamos mutuamente e nos consideramos dignos de igual consideração e respeito, seja nas nossas relações privadas, seja nas relações públicas. Assim, a democracia é o sistema político e social que melhor garante o desenvolvimento de uma comunidade de princípios, pois afirma que somos governados por leis que nós mesmos criamos e não por caprichos de quem quer que seja. Mas, para que a democracia possa desenvolver essa comunidade fraterna, é preciso que tenhamos uma concepção adequada de democracia.⁷⁴

Todos nós concordamos que democracia significa governo do povo. Contudo, esse conceito mais geral de democracia pode, no mínimo, albergar duas concepções rivais. A primeira afirma que o governo do povo significa e se realiza através do governo da maioria. Assim, a democracia seria aquele sistema político em que estariam garantidas eleições periódicas livres e sem corrupção, com alternância do poder entre as diversas elites políticas, sendo correto tudo o que essas maiorias no poder fizessem, ao aprovarem leis.⁷⁵ Essa é a concepção denominada por Dworkin de majoritária ou majoritarista de democracia, pois baseada única e exclusivamente no princípio eleitoral e da maioria. Contudo, afirma Dworkin, a nossa prática política e social nos revela que há uma concepção rival de democracia e muito mais atrativa do que a concepção majoritária. É a que o autor denomina de concepção associacionista de democracia. Nessa perspectiva, a democracia é um sistema político e social superior em relação a todos os demais já vividos e experienciados pelas comunidades ocidentais, porque a democracia é vista não apenas como regra da maioria, mas também como um sistema em que todo o povo governa, e não apenas uma parcela dele. Assim, a concepção associacionista de democracia realiza melhor o conceito de democracia em comparação com a ideia de democracia majoritária, já que na primeira é o povo inteiro que governa. E como isso ocorre?

Justamente porque na concepção associacionista de democracia todos são considerados como parceiros em um empreendimento coletivo comum.

⁷⁴ DWORKIN. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norteamericana*. *Op. cit.* Ver, ainda: DWORKIN. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*.

⁷⁵ Existem, é verdade, outras concepções de democracia que, em virtude das limitações do presente trabalho, não abordaremos.

A democracia como associação coloca todas as pessoas como responsáveis pelo sucesso e fracasso do empreendimento social e político. É dizer: na medida em que o governo é do povo, pelo povo e para o povo, todo o povo é responsável por esse governo. Estamos unidos porque compartilhamos esse projeto comum: a realização e afirmação de que somos uma comunidade de pessoas livres e iguais que se respeitam e que, por isso, vivem juntos, apesar de profundamente divididos em seus projetos pessoais de desenvolvimento de uma vida boa.⁷⁶

Para que essa associação possa ser bem sucedida, esse povo deve se garantir direitos fundamentais, para que possam desenvolver seus projetos de vida boa sem serem importunados. Assim, se não há o reconhecimento de iguais liberdades, liberdade de expressão, liberdade na configuração dos projetos pessoais, que passa pela escolha da profissão, da prática da religião (ou da opção em não ter qualquer religião), da definição da identidade sexual, do direito de se reunir pacificamente, de se associar e se manter ou não associado, de votar no partido político que se queira, de se associar ou não a determinado partido político, etc.,⁷⁷ não se pode falar em uma comunidade fraterna, em democracia como associação, enfim, em uma comunidade de livres e iguais. E justamente porque as comunidades reais podem, em virtude de terem alcançado maiorias políticas, tentar desvirtuar esses princípios fundamentais, é que se dá aos juízes, pessoas não eleitas pelo povo e, portanto, em princípio subtraídas da pressão político-eleitoral, o poder de declarar normas aprovadas pelo povo (leia-se maiorias) inconstitucionais e, portanto, nulas, inválidas. Contudo, como se pode perceber através da perspectiva de Dworkin, esse poder conferido aos juízes, de verdadeiros guardiões da democracia, deve ser exercido com cautela, pois os juízes apenas podem declarar uma norma inconstitucional se tal norma ferir essas condições procedimentais e substanciais da democracia. Até porque, em Dworkin, não são apenas os juízes os guardiões da democracia e nem mesmo os melhores.⁷⁸ Todos nós somos responsáveis pelo sucesso ou fracasso de nossa comunidade política.

Assim, a comunidade política deve desenvolver a virtude da integridade, tanto política quanto na aplicação do Direito. A integridade política

⁷⁶ DWORKIN. *A virtude soberana*. *Op. cit.*

⁷⁷ Convém ressaltar que todos os direitos elencados por Dworkin como fundamentais para a caracterização de uma democracia estão presentes no nosso Texto Constitucional.

⁷⁸ Como afirma Dworkin em uma passagem memorável da obra *O império do Direito*, se os juízes têm a última palavra quanto ao Direito, isso não significa que necessariamente seja a melhor por força disso. Tal afirmação encontra-se à página 492 da referida obra do autor.

se dá quando encaramos nossa legislação como fruto de um único autor, a comunidade personificada. E isso somente é possível se formos capazes de desenvolver em nossa comunidade essa virtude de respeito e consideração igual por todos. Assim, ao contrário do que muitos falam, Dworkin não é um mero liberal político,⁷⁹ mas é um liberal ético, como ele próprio se denomina, significando dizer que não é possível termos um sistema jurídico democrático se não houver o desenvolvimento de virtudes morais e políticas por parte da própria comunidade.⁸⁰

E o desenvolvimento e cultivo dessas virtudes morais e políticas será de fundamental importância para a aplicação do Direito na perspectiva da integridade, aquilo que Dworkin denomina de integridade na aplicação ou integridade no Direito.

A integridade no Direito exige que o intérprete, seja ele o juiz ou a própria comunidade, procure interpretar as normas de modo a desenvolver o Direito à sua melhor luz, de modo a tornar o Direito o melhor que ele pode ser para essa comunidade. É o que o autor denomina de hipótese estética. Para isso, os intérpretes devem compreender o Direito como um projeto coletivo comum que se desenvolve em etapas históricas sucessivas, de modo a formar um verdadeiro romance. O intérprete está em uma posição semelhante à de um coautor de um romance escrito em várias mãos, em que ele não pode criar uma história nova, mas deve usar toda sua criatividade e habilidade para tornar o romance sempre o melhor que ele possa ser.⁸¹

No Direito, torná-lo o melhor que ele pode ser em uma comunidade democrática é reconhecer que não há inclusão completa e, portanto, mesmo em uma comunidade democrática pessoas e grupos são excluídos. Assim, o romance em cadeia do Direito exige que cada nova geração reinterprete seu Direito à sua melhor luz, em um sentido crítico, compreendendo os avanços cometidos, mas também as cegueiras produzidas, de modo a afirmar direitos e igual respeito e consideração para aquelas pessoas até então não incluídas no projeto democrático. No momento em que esses direitos são afirmados, tem-se a impressão de que os juízes estão criando direitos novos, porque até então não visualizados pela comunidade, mas na verdade os juízes apenas afirmam

⁷⁹ Tal é a caracterização feita por Habermas do autor americano na obra anteriormente citada.

⁸⁰ Não é por outro motivo que para Dworkin a igualdade compreendida como igual respeito e consideração é a virtude soberana de uma comunidade política democrática.

⁸¹ Nesse sentido, *vide*: DWORKIN. *O império do Direito*. *Op. cit.*; DWORKIN. *Uma questão de princípio*. *Op. cit.*

os direitos existentes da comunidade que não foram antes afirmados em virtude de nossa própria cegueira. Através da fundamentação das decisões (e, por isso, esse princípio é considerado fundamental pela nossa Constituição, declarando que a sentença é nula se não fundamentada) é que os juízes podem demonstrar que não estão mudando a história, mas apenas continuando-a a sua melhor luz, ao interpretarem e decidirem a partir da moralidade da comunidade.

Assim, parece-me que, embora Dworkin não tenha explicitado bem essa questão, há uma relação entre moralidade pessoal do magistrado e Moralidade Crítica da Comunidade, sendo possível perceber uma relação entre as reflexões de Dworkin e de Michel Foucault nas obras *Hermenêutica do sujeito* e *O governo de si e dos outros*.⁸²

Ora, para que o magistrado possa decidir a partir da Moralidade Crítica da Comunidade e não a partir de sua própria Moralidade, deve ser também ele virtuoso, é dizer, apresentar um conjunto de virtudes políticas e morais. Não é por outro motivo que o termo utilizado por Dworkin é claramente ligado à Moral: Integridade.

Inicialmente, como mostra Foucault, é preciso que, se quisermos governar e impor normas aos outros, nos conheçamos a nós mesmos. É necessária uma conduta ética, marcada pelo autoconhecimento, saber do que nós somos capazes, e essa conduta pode ser aprendida. Para dizer com Foucault, uma verdadeira hermenêutica do sujeito.⁸³ Para que possamos nos conhecer, é preciso que cuidemos de nós mesmos, que fundemos uma prática de nós mesmos, como uma verdadeira ginástica. Exige reflexão, diálogo, saber ouvir, estar aberto para o aprendizado permanente. E, à medida que vamos desenvolvendo toda essa cultura de nós mesmos, vamos compreendendo que integridade exige a coragem de dizer a verdade, aquilo que os gregos chamavam de *parrhesía*, termo de difícil tradução, mas que podemos traduzir como a coragem de dizer a verdade ou o falar franco, aquilo que os latinos traduziram por *libertas*.⁸⁴

Essa coragem de dizer a verdade, esse falar franco, ou aquilo que Dworkin vai chamar de integridade, implica assumir riscos, mas fundamental para o próprio desenvolvimento e realização da democracia e do Direito democrático. Então, o juiz que não se conhece não é capaz de conhecer a moralidade da comunidade, não é capaz de integridade e não será capaz de decidir a partir da integridade do Direito.

⁸² Essas obras de Foucault foram publicadas pela Editora Martins Fontes.

⁸³ FOUCAULT. *A hermenêutica do sujeito*.

⁸⁴ FOUCAULT. *A hermenêutica do sujeito*. *Op. cit.*

O juiz que se conhece e que desenvolve toda essa virtude da *parrhesía*, reformulada por Dworkin como integridade, dificilmente decidirá demandas a partir de sua consciência, pois sabe que isso é vedado pela comunidade e pelo próprio Direito, sabendo também que apesar de não concordar intimamente com aquela decisão que profere é a decisão correta a ser proferida. É capaz, assim, de desenvolver e realizar o princípio democrático fundamental do Estado de Direito, no sentido de que somos governados por princípios que nós mesmos aprovamos e não por caprichos ou regras *ad hoc*.

Daí a crítica formulada por Lenio Streck sobre o fato de os magistrados decidirem conforme suas consciências e também a crítica de Oscar Vilhena Vieira estampada no título de seu trabalho: *supremocracia*. Todos fazem a mesma crítica de Ingeborg Maus sobre um ativismo judicial que é confundido com a arbitrariedade judicial, e mesmo assim praticado e legitimado, seja por ação (dos próprios magistrados), seja por omissão (de quem os deveria controlar, interna e externamente).

Um magistrado ativista, como aponta Omar Berizonce, é aquele que “pronuncia suas decisões e cumpre seus deveres funcionais diligentemente dentro dos prazos legais” e que, além disso, “a partir de uma visão progressista, evolutiva, reformadora, sabe interpretar a realidade de sua época e que confere às suas decisões um sentido construtivo e modernizador, orientando-as à consagração dos *valores essenciais* em vigor”.⁸⁵ A arbitrariedade judicial é o exato oposto: o descumprimento de deveres funcionais e de prazos legais, e uma tendência, fortemente solipsista, a decidir causas de acordo com convicções pessoais.⁸⁶

5 Conclusões

Verifica-se, portanto, a partir da crítica contundente e ainda atual de Ingeborg Maus, que o judiciário é ainda o superego da sociedade e que faz questão de exercer tal papel. Alguns autores, como o juiz Richard Posner, apesar de entenderem que deve haver um ativismo judicial,⁸⁷ acabam confundindo-o com a possibilidade de os juízes decidirem conforme suas convicções pessoais, o que acaba se tornando uma arbitrariedade judicial fantasiada de ativismo.

⁸⁵ OMAR BERIZONCE. Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas. *Revista de Processo*, p. 45.

⁸⁶ STRECK. *Op. cit.*, p. 115.

⁸⁷ POSNER. Legal reasoning from the top down and from the bottom up: the question of unenumerated constitutional rights. *The University of Chicago Law Review*, v. 59, n. 1, 1992.

Afinal de contas, pelo menos no caso brasileiro, levante a mão o juiz que entende de administração pública (não de direito administrativo), de economia (não de direito econômico), de finanças (não de direito financeiro), de história, de sociologia, de filosofia, de antropologia, entre outros ramos do conhecimento, para poder dar às suas decisões um caráter reformador, progressista, evolutivo, fazendo com que elas não caiam de paraquedas no mundo concreto, atingindo-o do jeito que for, muitas vezes mais prejudicando o interesse público (ou coletivo) que propriamente o realizando. Que se levante aquele juiz que cumpre os prazos legais, e que só os amplia por prazo máximo de 60 dias, quando for o caso de comarcas de difícil acesso (art. 182, CPC). É preciso que se reconheça que, sim, nosso judiciário é solipsista e arbitrário.

Assim, ainda temos muito a avançar para que possamos realizar o Direito como Integridade, mas a dificuldade não pode ser motivo para desistirmos, pois não há outro caminho para uma democracia como governo de todo o povo. A democracia exige isso. A nossa Constituição exige isso. Fica aqui o convite!

From Null to Supreme Power – Judiciary as Superego

Abstract: This work departs from the XVIII and XIX centuries' predominant conception that the judiciary branch was a null power to verify that it was transformed during the XX century in a supreme power, and to detach the current trend that it becomes into a Leviathan, once it is seen as the superego of the society.

Key words: Judiciary branch. *Bouche de la loi*. Lochner Era. Superego.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOURDIEU, Pierre; PASSERON, Jean-Claude. *La reproducción: elementos para una teoría del sistema de enseñanza*. 2. ed. Barcelona: Fontamara, 1996.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Prefácio. In: COURA, Alexandre. *Hermenêutica jurídica e jurisdição (in)constitucional: para uma análise crítica da "jurisprudência de valores" à luz da teoria discursiva de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

DWORKIN, Ronald *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norteamericana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. *A Justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

- DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- DWORKIN, Ronald. Unenumerated rights: whether and how Roe should be overruled. *The University of Chicago Law Review*, v. 59, 1992.
- FOUCAULT, Michel. *A hermenêutica do sujeito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. Tradução de José Octávio de Aguiar Abreu. São Paulo: Abril Cultural, 1978b.
- FREUD, Sigmund. *Esboço de psicanálise*. Tradução de José Octávio de Aguiar Abreu. São Paulo: Abril Cultural, 1978a.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.
- GEORGE, Tracey E.; YOON, Albert H. Chief judges: the limits of attitudinal theory and possible paradox of managerial judging. *Vanderbilt Law Review*, v. 61, 2008.
- HÄBERLE, Peter. Entrevista de César Landa. El rol de los tribunales constitucionales ante los desafíos contemporáneos. In: VALADÉS, Diego (Org.). *Conversaciones académicas con Peter Häberle*. México: UNAM, 2006.
- HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 1997.
- HOBBS DE MALMESBURY, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1997.
- HOMEM DE SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro. Breve estudo sobre as decisões de efeito vinculante no sistema processual brasileiro. *Revista de Processo*, v. 160, 2008.
- HOMEM DE SIQUEIRA. Far beyond from norms, distinguishing rules and principles. *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, v. 97, n. 2, 2011.
- LEVI, David F. Book review: autocrat of the armchair. *Duke Law Journal*, v. 58, 2009.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade. *Novos Estudos CEBRAP*, v. 58, 2000.
- MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade*. Tradução de Geraldo de Carvalho e Garcélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MCNOLLGAST. Conditions for judicial independence. *Legal Studies Research Paper Series*, Research Paper n. 07-43, 2006.
- MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America*. Stanford: Stanford University Press, 2007.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de La Brède e de. *Do espírito das leis*. São Paulo: Nova Cultural, 1997. v. 1.
- OMAR BERIZONCE, Roberto. Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas. *Revista de Processo*, n. 190, 2010.
- POSNER, Richard A. *How judges think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

POSNER, Richard A. Legal reasoning from the top down and from the bottom up: the question of unenumerated constitutional rights. *The University of Chicago Law Review*, v. 59, n. 1, 1992.

POSNER, Richard A. The Supreme Court, 2004 term. Foreword: a political Court. *Harvard Law Review*, v. 119, 2005.

POSNER, Richard A. What do judges maximize? (The same thing everybody else does). *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, n. 15, 1993.

REVESZ, Richard L. Congressional influence on judicial behavior?: an empirical examination of challenges to agency action in the D.C. Circuit. *New York University Law Review*, v. 76, 2001.

SCHAUER, Frederick. Is there a psychology of judging?. *KSG Faculty Research Working Paper Series*, 2007.

SHAFIR, Eldar; SIMONSON, Itamar; TVERSKY, Amos. Reason-based choice. *Cognition*, n. 49, 1993.

SIEGEL, Neil S. Sen and the Hart jurisprudence: a critique of the economic analysis of judicial behavior. *California Law Review*, v. 87, 1999.

SIMON, Herbert A. A behavioral model of rational choice. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 69, 1955.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SUNSTEIN, Cass. *A Constituição parcial*. Tradução de Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

TIEDE, Lydia Brashear. Judicial independence: often cited, rarely understood. *Journal of Contemporary Legal Issues*, v. 15, n. 129, 2006.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, v. 4, n. 2, 2008.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

OMMATI, José Emilio Medauar; FARO, Julio Pinheiro. De poder nulo a poder supremo: o Judiciário como superego. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 12, n. 49, p. 177-206, jul./set. 2012.

Data de recebimento: 21.05.2012

Data de aprovação: 15.07.2012