

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA - ProPPEC

CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ

CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: JURISDIÇÃO E DIREITO

**ATIVISMO JUDICIAL E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA
LEITURA A PARTIR DE ANTOINE GARAPON**

DENISE HELENA SCHILD DE OLIVEIRA

**Itajaí-SC
2014**

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA - ProPPEC

CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ

CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: JURISDIÇÃO E DIREITO

**ATIVISMO JUDICIAL E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA
LEITURA A PARTIR DE ANTOINE GARAPON**

DENISE HELENA SCHILD DE OLIVEIRA

Dissertação submetida à Universidade do Vale
do Itajaí – UNIVALI, para obtenção do grau de
Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Alexandre Moraes da Rosa

**Itajaí-SC
2014**

AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente, ao meu estimado orientador e amigo, Doutor Alexandre Moraes da Rosa, que me incentivou a fazer o Curso de Mestrado da UNIVALI, comprometendo-se a buscar contato com o autor francês, Antoine Garapon, cujos livros, especialmente um deles, serviu de fundamento para o tema objeto dessa dissertação, propiciando assim, que eu conseguisse permanecer seis meses na França, para a pesquisa e estudo, aliás sonho acalentado há muitos anos e por fim realizado. Nesse vértice, agradeço também à Doutora Jânia Saldanha, que sequer conheço pessoalmente, mas que, a pedido do Doutor Alexandre, efetuou a mediação com o magistrado francês, para que eu fosse por ele aceita.

Não poderia deixar de agradecer ao Doutor Paulo Márcio da Cruz, Coordenador do Curso de Ciência Política da Universidade do Vale do Itajaí, pela paciência e carinho dedicada aos mestrandos, e pela maneira exemplar com que conduz o curso, e especialmente, pela recepção calorosa com que deferiu meu pedido para estudar na França, não medindo esforços na colaboração expendida.

Agradeço também ao meu marido, Flares Cesar de Oliveira, pela paciência e espírito de colaboração em todos os meus propósitos profissionais, sempre presente em todas as situações.

Julho de 2014.

Denise Helena Schild de Oliveira

DEDICATÓRIA

Todos os mencionados mereceriam, além do meu agradecimento, essa dedicatória. Contudo, é justo que eu dedique esse trabalho a Antoine Garapon, pela maneira gentil com que me acolheu em Paris, no IHEJ (Institut de Hautes Études sur la Justice), autorizando minha permanência diária na biblioteca da ENM (École Nationale de la Magistrature), para que eu pudesse efetuar as pesquisas, além de me receber para resolver dúvidas e me prestar orientações, franqueando ainda minha participação em eventos jurídicos ocorridos no período em que lá estive (“A justiça e os tormentos da História”; “A justiça do século XXI”), experiência única e que guardarei para sempre. Não tenho palavras para qualificar pessoa de tão alto nível intelectual, responsável atualmente pela reforma do Poder Judiciário Francês, por solicitação da Ministra da Justiça da França, e que se dignou a receber-me, mesmo diante de tarefas da mais alta responsabilidade, não mediu esforços para me prestar apoio e esclarecimentos, com sua maneira simples, exemplo de modéstia, e que jamais demonstrou soberba ou orgulho. A Antoine Garapon, dedico esse singelo estudo, desenvolvido com fundamento em sua proposta a respeito do ativismo judicial.

“Si la démocratie est un régime politique juste, ce n’est que parce qu’elle signifie la liberté et la liberté signifie la tolérance.”¹

¹ Kelsen, Hans. **Qu’est-ce que la justice?** Editions Markus Haller. Publié avec l’appui de la Ville de Genève. 2012, p.19

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, julho 2014.

Denise Helena Schild de Oliveira

Mestranda

PÁGINA DE APROVAÇÃO

(A SER ENTREGUE PELA SECRETARIA DO PPCJ/UNIVALI)

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

IHEJ - Institut des Hautes Études sur la Justice

ENM - École Nationale de la Magistrature

PLEA - *plea bargaining* - declaração de culpa

CF – Constituição Federal

ROL DE CATEGORIAS

Ativismo Judicial, judicialização, direito democracia, justiça, poder, Estado-providência, juiz, *common law*, *civil law*, constituição, plea bargaining, stare decisis, rule of law, due processo of law, lei, jurisprudência, legislador, judiciário, garantismo, sociedade, política.

RESUMO

A presente Dissertação está inserida na linha de pesquisa: DIREITO E JURISDIÇÃO. O texto pretende destacar a proposta do magistrado francês Antoine Garapon, a respeito do ativismo judicial, fenômeno esse que os autores brasileiros denominam de procedimentalismo, o qual se contrapõe ao substancialismo. Nessa cruzada defendida por Garapon, contra o fenômeno da judicialização, constata-se que o poder judiciário passou a ser o guardião das promessas feitas pelo Estado-providência, o último baluarte ao qual recorre a sociedade, buscando a solução para seus conflitos, de forma que o juiz, perplexo diante dessa procura exagerada pela justiça, se vê no papel de pacificador social. Contudo, Garapon teme que esse ativismo incontável conduza ao enfraquecimento do ideal democrático, voltando-se contra a própria justiça, que não pode substituir a política. Originário dos Estados Unidos, onde também a *common law* ganhou destaque, o fenômeno da judicialização veio influenciar o Brasil, provocando debates entre os doutrinadores, contudo sem um consenso para o que denominam “ativismo à brasileira”. Nesse contexto, Garapon, incentivado por outros autores franceses, propõe uma nova função para o direito e a justiça do século XXI, antevendo uma democracia igualmente adaptada à nova realidade social.

Palavras-chave: Ativismo Judicial; Estado Democrático de Direito; Justiça; Poder; Juiz.

ABSTRACT

Ce travail restitue les idées du juge français Antoine Garapon sur l'activisme judiciaire qui concerne au Brésil, applaudi par certains. L'auteur met en garde contre ce phénomène qui donne au judiciaire beaucoup de pouvoir, à tel point que le juge peut devenir le véritable centre de gravité de la démocratie pour des questions essentielles. D'après Antoine Garapon, la justice ne doit pas se substituer au politique, sous peine de dénaturer la démocratie. Né aux États-Unis, c'est-à-dire, un pays de common law, l'activisme judiciaire a gagné le Brésil, où il est encore difficile de caractériser ses contours propres à ce pays et où il soulève des débats qui n'en finissent pas. C'est pourquoi, dans un tel contexte, la lecture de Garapon est importante car il analyse les nouveaux rôles de la justice du XXI^e siècle, estimant que la démocratie doit inventer son propre chemin pour accomplir ses promesses et redessiner la justice qui doit être offerte au citoyen. Et pour cela, l'auteur croit qu'il faut rendre la main à la politique, à une politique plus horizontale et participative, plutôt qu'à la justice, qui ne peut régler tous les conflits de la société et tous les problèmes de la vie quotidienne. Cela s'oppose à certains courants de pensée qui estiment que le judiciaire doit se charger de faire accomplir tout ce qui est inscrit dans la Constitution, en sortant de sa tâche traditionnelle qui est d'appliquer la loi.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO 1 - SISTEMAS JURÍDICOS DE COMMON LAW E DE CIVIL LAW: A QUESTÃO DO ATIVISMO JUDICIAL	14
1.1 ORIGENS E DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO - CARACTERÍSTICAS	14
1.2 O MODELO AMERICANO	25
1.3 CIVIL LAW E DE COMMON LAW: DIFERENÇAS FUNDAMENTAIS.....	34
CAPÍTULO 2 - A IDEIA DE ATIVISMO JUDICIAL NA PERSPECTIVA DE ANTOINE GARAPON.....	50
2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS	50
2.2 ATIVISMO JUDICIAL NO PENSAMENTO DE ANTOINE GARAPON	60
2.3 LUGAR E FUNÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO SEGUNDO ANTOINE GARAPON	68
CAPÍTULO 3 - DIALOGANDO COM A PROPOSTA DE ANTOINE GARAPON	85
3.1 PANORAMA DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL	85
3.2 O PROCEDIMENTALISMO ENCAMPADO POR GARAPON E O SUBSTANCIALISMO DEFENDIDO POR CAPPELLETTI.....	96
3.3 DEMOCRACIA E JUSTIÇA: A NOVA RESPONSABILIDADE DEMOCRÁTICA DA MAGISTRATURA DE ACORDO COM O PENSAMENTO DE GARAPON	116
CAPÍTULO IV - CONSIDERAÇÕES FINAIS	134
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS	138

INTRODUÇÃO

A escolha do tema da dissertação de Mestrado: dúvidas e desencontro até a concretização de uma ideia capaz de gerar a certeza de estar contribuindo, ainda que minimamente, para definir o papel do juiz no atual contexto da sociedade globalizada, e a responsabilidade do Poder Judiciário diante de uma nova justiça para o século XXI. Esse o objetivo que me fez escolher a questão do ativismo judicial, quando, em seminário do qual participei no Rio de Janeiro, em julho de 2010, alguns comentários a respeito da matéria despertaram meu interesse e me fizeram pensar pela primeira vez no assunto que diz respeito diretamente à atuação do juiz na dicção do direito, e até que ponto sua participação no contexto social deve ou não ultrapassar o âmbito do processo.

E por que a escolha de Antoine Garapon e sua obra para desenvolver a matéria? Quem é esse autor francês? Um juiz da infância e da juventude, que há alguns anos está à frente do IHEJ (*Institut des Hautes Études sur la Justice*), como secretário geral, autor de vários livros, entre eles, sobre o tema do ativismo judicial, e, atualmente, cuidando da reforma do Poder Judiciário na França, por solicitação da Ministra da Justiça, Christiane Taubira. Mundialmente conhecido por suas obras, também no Brasil vem ganhando adeptos, pois se mostra preocupado com o futuro da justiça e da democracia, e, sobretudo com o papel do juiz, não apenas em seu País, mas em termos de globalização, ousando levantar bandeiras visando o reconhecimento do Judiciário como o poder que deve se preparar para novos desafios, organizando o funcionamento da justiça a serviço do cidadão do século XXI. Sua preocupação é a justiça do século XXI, e de que forma o ativismo judicial poderá contribuir ou prejudicar o processo democrático em vias de alteração.

Neste norte, tendo como base o pensamento do jurista francês, antes de adentrar às ideias por ele desenvolvida a respeito de ativismo judicial, no primeiro capítulo da dissertação foi traçado um paralelo entre os sistemas jurídicos da *common law* e da *civil law*, a fim de situar os Estados Unidos, como o país onde o primeiro sistema ganhou força e de lá se espalhou aos Estados de língua inglesa, e o segundo, seguido pela maioria dos países latinos, inclusive pela França e pelo Brasil, oriundos do direito romano-germânico. Para tanto, foram colhidas as impressões do autor francês, a respeito dos dois sistemas, e de que maneira ambos

influenciam as comunidades do Mundo Ocidental na atualidade, tecendo as vertentes do ativismo judicial desencadeado na América do Norte, e as bases legais do sistema francês, sob a ótica de Garapon.

No segundo capítulo, optou-se por aprofundar o estudo do pensamento de Garapon, pois quem fala em ativismo judicial, necessariamente, passa por ele, a fim de entender o contexto histórico e cultural da França no passado e na atualidade, e a função atual do Poder Judiciário, que não mais pretende aceitar o juiz como mera “boca da lei”, consoante pregava Montesquieu, nem tampouco adotar como seu o sistema norte-americano, e sim, buscar uma nova justiça para o século XXI, através da intervenção do magistrado, cujo maior ofício é a transformação da própria democracia, sem, contudo arvorar-se em salvador da pátria. Na verdade, ao juiz incumbe adaptar-se incessantemente às transformações do mundo, esforçando-se para refletir a diversidade da sociedade e se mostrando à altura dos desafios que lhe são postos.²

O terceiro capítulo apresenta um panorama do ativismo judicial no Brasil, sua origem nos Estados Unidos, e a partir de Garapon, o pensamento de alguns autores nacionais que debatem a matéria, e cujas correntes antagônicas, a procedimentalista, capitaneada por Garapon no eixo Garapon-Habermas, e a sustancialista, no eixo Cappelletti-Dworkin, angariaram adeptos e defensores, buscando um sistema que melhor se adapte ao direito brasileiro. Para finalizar, esta mestranda desenvolve sua convicção na defesa da tese do jurista francês, passando pela análise que o autor tece a respeito da democracia, e, enfim, de como seu sistema pode ser adaptado à realidade brasileira, partindo da orientação de alguns doutrinadores pátrios que também visualizam um ativismo judicial “à brasileira”.

Quanto ao método utilizado na dissertação, foi o indutivo.

² GARAPON, Antoine; PERDRIOLLE, Sylvie; BERNABÉ, Boris. **La Prudence et L'Autorité**. Paris: Odile Jacob, Janvier, 2014, p. 69. Le juge a besoin de de s'adapter sans cesse aux transformations de notre monde, [...], mais doit s'efforcer au contraire de refléter la diversité de la société et les différents secteurs d'activités et trouver les moyens de s'enrichir des savoirs nécessaires pour se montrer à la hauteur des défis qui lui sont lancés.

CAPÍTULO 1

SISTEMAS JURÍDICOS DE COMMON LAW E DE CIVIL LAW: A QUESTÃO DO ATIVISMO JUDICIAL

1.1 ORIGENS E DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO - CARACTERÍSTICAS

Não há como entender o fenômeno do ativismo judicial, cujas raízes estão nos Estados Unidos, aliás, o primeiro país a utilizar a expressão “ativismo judicial”, em 1947, em matéria publicada na revista *Fortune*, pelo historiador Schlesinger Jr.³, sem analisar os dois grandes sistemas jurídicos em vigor no mundo jurídico ocidental: o sistema de *common law* oriundo do Reino-Unido, de onde se espalhou para todas as colônias inglesas, e o de *civil law*, característico dos Países latinos e germânicos que adotaram o Direito Romano como norte jurídico, como foi o caso da França e do Brasil, adveio do Direito Romano, como esclarece Bullier.⁴

Iniciando pela *common law*, a expressão é originária do termo franco-normando *commune ley*, tendo várias acepções em inglês, teve seu início com a invasão ou conquista normanda da Inglaterra, em 1066, por Guilherme II, Duque da Normandia, na Batalha de Hastings, permitindo a criação de um governo central forte na Inglaterra, cujos tribunais tinham jurisdição sobre todo o País, e cujas decisões foram estabelecendo um direito comum, com base numa língua comum, sem que para isso fosse necessária a criação de um código ou constituição que abarcasse essas normas. Assim, desse direito comum nascido entre o final da Idade Média e o início da Renascença na Inglaterra, de onde se espalhou por todos os países de língua inglesa, passou a ser aplicado pelos tribunais reais ingleses, consistindo numa tentativa de unificação do direito das cortes reais inglesas, por parte das monarquias Anglo-Normanda, Plantageneta e Tudor, tratando-se na verdade, naquela época, do direito do rei, que pretendia unir ao seu regramento, às leis dos povos conquistados, o que, contudo, demorou vários séculos para se concretizar, até que a dinastia anglo-normanda conseguisse estabelecer sua

³ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

⁴ BULLIER, Antoine J. **La common law**. 3.ed. Paris: Éditions Dalloz, 2002.

ascendência política e judiciária em relação aos povos conquistados. Atualmente, o termo *common law* passou a designar não só a jurisprudência (*equity*), como também o direito aplicado pelos tribunais, aquele oriundo das cortes de justiça inglesas que sedimentaram as práticas nascidas do fato concreto e da experiência, sem buscar os princípios teóricos do direito. Constatamos assim, que o sistema da *common law* logrou se fortalecer de tal forma no Reino-Unido, para nunca mais perder espaço, sedimentando-se ao longo dos séculos, sem perder suas características essenciais, ganhando adeptos e marcante consagração nos Estados Unidos, onde se adaptou e ganhou novas roupagens na realidade norte-americana⁵.

Contudo, “nas colônias norte-americanas dos séculos XVII até o XIX, a situação não era clara, pois as cartas fundadoras das primeiras colônias lhes atribuíram o poder legislativo, que deveria seguir as leis inglesas” [...].⁶

E quando os 13 Estados se declararam independentes, eles se tornaram soberanos não apenas com relação ao Reino-Unido, mas também entre eles e os sujeitos de direito internacional, como havia ocorrido com 13 dentre as 15 colônias norte-americanas. Cada Estado passou a ter sua constituição e suas leis, não havia *common law* entre os estados, apenas um direito internacional.⁷

Assim, todos os Estados colonizados pela Inglaterra ou que sofreram de alguma forma a influência britânica, passaram a adotar o sistema jurídico da *common law*, ou seja, o direito inglês com seus princípios fundamentais, seu procedimento, sistema de provas e maneira de entender o processo, de forma que o idioma compartilhado pelos Estados de língua inglesa é que faz o direito, os conceitos, o vocabulário único e bastante homogêneo que forma a *common law*. Mas isso não significa que não haja divergências, no sentido de que uma das Cortes de um Estado venha a recusar a jurisprudência da Câmara dos Lordes, Corte Suprema do Reino-Unido, sendo esta uma característica desse sistema de se adaptar às diferentes circunstâncias dos Estados, o que vem a ser justamente um de

⁵ BULLIER, A.J. La common law. 2002.

⁶ BULLIER, A.J. La common law. 2002. p.15. Dans les colonies nord-américaines au XVIIIe et au XIXe siècle, la situation n'était pas aussi claire que lors des colonisations du XIXe siècle. Dans les chartes fondatrices des premières colonies qui leur accordent le pouvoir législatif, celui-ci doit être en conformité avec les lois anglaises.

⁷ BULLIER, A.J. La common law. 2002. p. 18. Lorsque les 13 États se déclarèrent indépendants, ils devinrent souverains par rapport au Royaume-Uni mais aussi par rapport à chacun d'entre eux et des États tiers sujet de droit international comme l'étaient devenues les 13 des 15 colonies nord-américaines. Chaque État avait donc sa Constitution et ses lois, il n'y avait pas de *common law* entre les États et il n'y avait que le droit international.

seus grandes poderes, com relação à regra do precedente, sempre levando em conta as particularidades locais.⁸

Portanto, o sistema da *common-law*, segundo o francês Bullier, contrariamente àquele originário da Roma Antiga, advém do pragmatismo das práticas jurídicas. Na Inglaterra são os advogados e os juízes que elaboram as regras processuais aplicáveis aos casos concretos, isto é, que ditam as soluções práticas baseadas em situações anteriores já decididas pelos tribunais, formando assim, um direito nascido do caso concreto e da experiência e não de princípios teóricos, leis e constituições, como ocorre no sistema da *civil law*. Tanto é que o direito processual assume importância tal, a ponto de ser ensinado sistematicamente nas escolas, para que possa ser conhecido e aprendido por todos desde cedo, sistematicamente, ao contrário do que ocorre em sede de *civil law*.⁹

Para Bullier¹⁰, o sistema de *common law*, além de diversificado, constitui-se numa forte unidade, cujo grande diferencial é a regra do precedente, onde o caso anterior deve ser observado. Então, nesse sistema, a lei não é a fonte principal do direito, e sim a jurisprudência, tratando-se, na verdade, de uma lei não escrita, advinda dos usos, costumes e da tradição.

E prossegue ainda Bullier¹¹, afirmando que não há como negar que o direito inglês seja ainda hoje o fundamento do direito dos Estados Unidos, pois a história do direito norte-americano é a história do direito inglês, de onde provém a maioria dos conceitos e da tradição de *common law*.

Tanto que, adverte o mesmo autor, em se tratando de *common law*, diversas são as semelhanças, tais como a língua, os procedimentos, o vocabulário jurídico e a tradição judiciária comum, sendo que os Estados-Unidos, apesar disso, formam um grupo à parte, representando, na atualidade, o mais importante dos Estados que adotam esse sistema de direito, sendo a língua comum a principal semelhança. Por sua vez, as principais diferenças repousam sem dúvida no nível do controle de constitucionalidade que acentuou a judicialização da vida no mundo nos países de língua inglesa, mormente nos Estados Unidos, onde existe um grande reservatório de soluções jurisprudenciais inovadoras, além de ser o estado mais importante

⁸ BULLIER, A.J. La common law. 2002. Prefácio.

⁹ BULLIER, A.J. La common law. 2002.

¹⁰ BULLIER, A.J. La common law. 2002. Prefácio.

¹¹ BULLIER, A.J. La common law. 2002.

desse sistema de direito. Diante disso, conclui Bullier que os Estados de *common law* se encontram diante de uma grande escolha, entre a soberania do Parlamento ou a soberania da Constituição.¹²

E neste viés, Garapon¹³ também destaca que:

Em um sistema de *common law* a abordagem das questões jurídicas e políticas tende a legitimar o que possui caráter antigo, consuetudinário, santificado pelo tempo. O direito é menos uma série de disposições legislativas, do que seria possível identificar a data de promulgação ou os autores, do que uma prática, um uso registrado na memória coletiva, uma obra comum produzida no decorrer do tempo, cuja perenidade e a ausência de modificação fundamental reforçam o crédito. [...]. A regra jurídica deve trazer soluções concretas para problemas revelados pela prática, e não substituir regras de conduta confundindo-se com a moral, como no continente. [...]. Isso não significa, todavia, que os procedimentos ou as instituições, uma vez legitimados pela experiência, sejam inacessíveis a toda modificação ou evolução.

Constata-se então, pela leitura de Garapon, que a *common law* antecede o próprio poder legislativo do Parlamento britânico, sendo este soberano, porém mantendo o respeito

“[...] à velha Constituição da Inglaterra, que se confunde com a existência imemorial da *common law*, garantindo aos ingleses direitos imprescritíveis que nenhuma legislação poderia questionar. A continuidade histórica é uma construção ideológica que tem por efeito privar o rei da possibilidade de conceder ou outorgar liberdades que essa constituição imemorial da *common law* sempre reconheceu”.¹⁴

Portanto, trata-se de importante questão destacada pelo autor, esta referente ao fato de que:

“a anterioridade da *common law* acarretou várias consequências, tanto a favor como contra o poder parlamentar, pois o Parlamento, ao criar leis, usurpou a competência da *common law*, o que levou à interpretação restrita

¹² BULLIER, A.J. La common law. 2002. p. 151-2. On a essayé de comprendre ce qui faisait de la common law un des grands systèmes juridiques modernes. On a pu voir les ressemblances de ce ensemble qui comprend tous les États anglophones. [...] Enfin, les Etats-Unis forment un monde à part dans la common law à cause de leurs institutions et de leur Constitution-document hors de l'ordinaire interprété par cette institution unique qu'est la Cour Suprême des Etats-Unis. Les grandes ressemblances entre Etats de common law ce sont la langue, bien sûr, le vocabulaire, , la terminologie si proches et si différents d'un Etat à l'autre [...]. Les dissemblances se trouvent au niveau du contrôle de constitutionnalité qui a accentué la judiciarisation de la vie dans le monde anglophone à l'image des Etats-Unis. Souveraineté du Parlement ou souveraineté de la Constitution tel est l'un des grands choix à faire pour les Etats de common law.

¹³ GARAPON, Antoine; PAPAPOULOS, Ioannis. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. Cultura Jurídica Francesa e Common Law em uma perspectiva comparada. Tradução de Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 34-5.

¹⁴ GARAPON, A.; PAPAPOULOS, I.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008. p. 34-5.

das disposições legislativas, pelas jurisdições, a fim de salvaguardar a autoridade da jurisprudência”.¹⁵

Mas sem dúvida, essa característica da anterioridade acabou impondo à *common law* o que ela tem de mais essencial, que vem a ser a proteção ao cidadão contra qualquer arbitrariedade, além da garantia das liberdades fundamentais, com especial ênfase ao direito de propriedade, o que sem dúvida foi retomado na cultura americana.¹⁶

Realça ainda Garapon que, sendo a jurisprudência a fonte essencial do direito em sede de *common law*, e no qual o direito se constrói a partir de decisões particulares, formando a regra do precedente, que estabelece que uma mesma decisão deve ser tomada em casos semelhantes e em todas as jurisdições. Havendo diferenças mínimas nas situações a serem decididas, compete ao julgador aplicar aquela regra preexistente ou criar uma nova regra adaptada ao caso, o que consiste na relativa flexibilidade da *common law*. De onde se conclui que deve prevalecer a decisão tomada para todos os casos similares, garantindo assim, a segurança jurídica, através desse liame entre as decisões superiores e aquelas que lhe são subordinadas. Contudo, embora a *common law* seja a base da cultura jurídica norteamericana, inúmeras mudanças foram procedidas, tanto é que os Estados Unidos também foram influenciados pelos códigos napoleônicos. Mas a grande síntese americana foi sem dúvida a Constituição, seguida pela Suprema Corte e pelos *civil rights*, formando a trilogia que a diferencia a *common law* tradicional.¹⁷

Disso decorreu a denominada *regra do precedente jurisprudencial*, o *stare decisis*, que determina a aplicação em casos similares, em todas as jurisdições, e somente em situações excepcionais a Suprema Corte pode tomar decisão diversa daquela já firmada pela jurisprudência, o que garante certa segurança jurídica ao sistema de *common law*. Portanto, o sistema de *common law* não remete à falta de modificação, ao contrário, os juízes se obrigam a alterar suas decisões, e novas regras vão surgindo na medida em que surgem novos casos, fazendo evoluir o sistema jurídico¹⁸.

¹⁵ GARAPON, A.; PAPAPOULOS, I.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008. p. 29.

¹⁶ GARAPON, A.; PAPAPOULOS, I.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008.

¹⁷ GARAPON, A.; PAPAPOULOS, I.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008.

¹⁸ GARAPON, A.; PAPAPOULOS, I.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008.

E adverte Garapon¹⁹, que “a *plea bargaining* é filha do pragmatismo anglo-saxão na medida em que esta forma de justiça se adapta abertamente às necessidades urgentes dos fatos, deixando de lado os grandes princípios do direito.” Diz ele, que:

[...] o contrato se transforma na melhor maneira de repartir racionalmente o risco entre elas. Basta para isso que as duas partes se ponham de acordo sobre um preço penal a pagar [...] para reduzir os seus riscos”, pois “toda a negociação amigável, como a *plea bargaining* é, necessariamente melhor que um processo penal, já que as partes diretamente interessadas dispõem, por definição, de mais informações e experiências que o juiz ou o júri.²⁰

Tanto é que a parte deve se preocupar com o que vai falar na primeira audiência pública, pois desse acordo inicial depende inclusive a possibilidade ou não de vir a ser julgada por um júri de pares, direito sagrado dos americanos, o qual depende da escolha dessa *plea* inicial do acusado: se ele se declarar não culpado, terá direito a esse julgamento, ao passo que, se se declarar culpado... ele renuncia a esse direito. Pode também se declarar culpado “sem contestação”. E embora se trate de um costume relativamente recente em sede de *common law*, a *plea bargaining* já se tornou uma das principais ferramentas jurídicas dos Estados Unidos, o que leva a maioria das questões penais serem reguladas por esta instituição, na qual os verdadeiros contratantes são o acusado e o juiz, de quem o promotor é, de algum modo, o agente, onde o acusado pode negociar e trocar o seu direito de ir a processo pelo direito do promotor de requerer a pena máxima. Trata-se, na verdade, de um jogo, puramente prático, que surgiu para atenuar as falhas do sistema, pelo excesso de ações judiciais. Com o surgimento dessa instituição que acabou se tornando reconhecida em sede de *common law*, apesar de ter sido considerada como clandestina no início, sua eficácia foi comprovada, tratando-se de uma das principais ferramentas da política penal nos Estados Unidos, e que vem demonstrando sua eficácia. Já na França, a situação é totalmente inversa, pois o processo penal francês advém do Estado e não do acusado, ou seja, o processo penal não admite outra origem que não o poder público.

Contudo, existem críticas contra essa instituição, realça Garapon, afirmando que aqueles que se manifestam contra esse instituto, apelam pela sua abolição, no que são contraditados pelos que lhe são favoráveis, ao argumento de que isso aumentaria o número de processos, dificultando, sobretudo em relação aos pobres e

¹⁹ GARAPON, A.; PAPAPOULOS, I.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008. p. 54.

²⁰ GARAPON, A.; PAPAPOULOS, I.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008. p. 59.

àqueles que alegam inocência, gerando dessa forma, um problema a respeito da distribuição da justiça. Na verdade, uma vez extinta a *plea bargaining*, todo o acusado que se diz inocente, não poderia negociar sua declaração de culpa antes do julgamento, como ocorre graças a esse mecanismo, o que poderia resultar em erro judiciário, caso fosse condenado ou recebesse uma pena mais severa. Essa, portanto, a importância do instituto característico da justiça americana.²¹

Por isso a *common law*, mesmo desgastada após séculos de legislação, continua a exprimir uma forma de solidariedade social, ou seja, uma maneira de estar juntos, pois encontra sua fonte na vida em comum da sociedade.²²

Garapon distingue na *common law*, que esse sistema é voltado para o indivíduo, mesmo na hipótese em que um só homem possa agir por todos, como no caso do rei ou do xerife, e esclarece mais:

A *common law* é, pois, concebida como um instrumento ofertado aos atores privados, considerados – e até mesmo exigidos – por ela como autônomos. O que está em primeiro lugar é a ação individual, o ato como um fato e não a categoria, que é secundária. [...], a *common law* está ordenada a uma ação, com o duplo sentido de um agir privado e de uma ação na justiça [...]. O direito inglês está mais interessado nos fatos e se destaca em um modo de relação encarnado pela relação processual. O direito está associado a uma ação individual [...] a mentalidade anglo-saxã tem dificuldade em perceber entidades abstratas, categorias [...].²³

Dessa forma, não é difícil constatar que Garapon encara o processo de *common law*, como fortemente formalizado, embora sendo de iniciativa da parte, e permitindo um espaço de negociação entre as partes, pois é construído inteiramente em torno da *plea* (*plea bargaining*- declaração de culpa) inicial, introdutora da instância, ou seja, a porta de entrada do processo, dela dependendo a continuação deste e até a sorte do acusado.

Garapon vê também na cultura de *common law* um direito interiorizado, que está inicialmente na consciência de cada um e passa a ser observado nas práticas sociais, contrariamente ao sistema da civil law, onde o grande ator é o Estado, representando o coletivo. E mais, citando William Blakstone “também acredita que a

²¹ GARAPON, A.; PAPAPOULOS, I.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008.

²² GARAPON, A.; PAPAPOULOS, I.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008.

²³ GARAPON, A.; PAPAPOULOS, I.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008. p. 46-7.

common law nunca é criada pelos homens e sim declarada pelos juízes, que a encontram escondida nos costumes imemoriais do povo britânico”.²⁴

Esclarece ainda que, “na tradição francesa, o positivismo impede que o direito se apresente como um relato, como no modelo anglo-saxão. Na cultura política francesa é o legislador que conta a justiça, que recita as aspirações coletivas, e não o juiz”.²⁵

Garapon e Papapoulos²⁶ também destacaram que a *common law* tem suas raízes muito particulares no protestantismo e no liberalismo inglês e norte-americano, contrariamente à cultura francesa, mediterrânea e latina, cujas referências com o Estado são diversas, bem como também, diferente é a ligação da França com as leis. Na verdade, a ligação mais forte do Estado francês é com sua Constituição, que reconhece aos homens uma certa igualdade de agir dentro da história. Mas a história da França não é a dos Estados Unidos, pois na França, a cultura política é mais importante do que a cultura jurídica. Por outro lado, a cultura norte-americana representa um paradoxo, pois seu direito atingiu tal escala, que consegue ver o mundo de uma maneira globalizada. Portanto, as referências com relação ao poder são diferentes na França e nos Estados Unidos.

No que se refere à *civil law*, também merecem destaque os comentários desenvolvidos por Garapon e Papapoulos²⁷, sobre o sistema norte-americano e o francês, por ser este o modelo por excelência do sistema de *civil law* no mundo ocidental, adotado pelo Brasil, em que pese algumas diferenças marcantes que aproximam nosso sistema jurídico também do modelo americano, de quem herdou, entre outros mecanismos, o ativismo judicial e o controle de constitucionalidade, sendo, portanto, de suma importância destacar alguns comentários do estudo desenvolvido pelos autores acerca dos dois sistemas jurídicos adotados no mundo ocidental.

Quanto às origens da *civil law*, consta que no século XII o Imperador Justiniano, teria reunido todas as leis do continente europeu em um único código, o *corpus juris civilis*. Então, todos os países latinos têm o mesmo sistema jurídico oriundo do direito romano. Como o idioma é o veículo do direito, pode-se afirmar

²⁴ GARAPON, A.; PAPAPOULOS, I.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008. p. 269.

²⁵ GARAPON, A.; PAPAPOULOS, I.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008. p. 138.

²⁶ GARAPON, A.; PAPAPOULOS, I.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008.

²⁷ GARAPON, A.; PAPAPOULOS, I.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008.

que, se um país altera o seu idioma, o direito também mudará necessariamente, tanto que o direito romano era ensinado nas universidades anglo-saxônicas, até que a Igreja de Roma e a decadência dos estudos clássicos fizeram a Língua Latina desaparecer dos programas, o que significou um golpe mortal nos estudos do Direito Romano e do Canônico.²⁸

Portanto, no sistema de *civil law*, originário do direito romano-germânico, a lei constitui a fonte essencial do direito, compilada em codificações que lhe garantem força, hierarquizando suas disposições de forma racional e de modo a ser compreendida pelo cidadão, além de fornecer ao juiz um guia para suas decisões, e onde deverá também buscar a intenção do legislador, além de encontrar os princípios e a classificação das regras de direito a serem aplicadas ao caso concreto em julgamento. Contudo, isso não afasta a importância da jurisprudência no sistema de *civil law*, pois o juiz, ao interpretar a regra, pode, de certa forma, alterar o alcance da lei, desde que o sistema não seja “fechado”, pois se assim for, toda a questão será julgada tão somente pelo código, hipótese em que a jurisprudência não será considerada fonte do direito formal e o juiz será considerado mero instrumento do texto e da regulamentação.²⁹

Constituída pela lei codificada e pelo direito positivo, a *civil law* é o direito a ser aplicado ao caso particular, e o juiz é um mero porta-voz, a “boca da lei”, segundo a tradição política herdada da Revolução, que Montesquieu imortalizou no “Espírito das Leis”.³⁰ Nesse sistema, a força do direito está na lei e a tentativa de limitação da atividade judicial sedimentou-se para que a onipotência do legislador fosse ressaltada e que o juiz fosse privado de criar o direito. Os franceses, cultuando a tradição política, nunca permitiram que o pensamento liberal ganhasse força, tanto é, que “o juiz francês reflete a soberania da lei, ao passo que no sistema de *common law*, ele precisa explicar porque adotou determinada solução”. Portanto, para o autor, a referência à lei impede que o juiz enuncie suas escolhas interpretativas, ele não precisa se justificar, cabendo ao legislador contar a justiça e não ao juiz.³¹

Esclarece ainda que, “na tradição francesa, o positivismo impede que o direito se apresente como um relato, como no modelo anglo-saxão. Na cultura política

²⁸ BULLIER, A.J. **La common law**. 2002.

²⁹ GARAPON, A.; PAPAPOULOS, I.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008.

³⁰ MONTESQUIEU, Charle-Louis de Secondat, Baron de la Brède e de. **L'Esprit des Lois**, Paris, Garnier/Flammarion, 1979, p. 146. Tradução de Denise Helena Schild de Oliveira.

³¹ GARAPON, A.; PAPAPOULOS, I.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008. p. 136-8.

francesa é o legislador que conta a justiça, que recita as aspirações coletivas, e não o juiz”.³²

Dessa forma, a *civil law*, constituída pela lei codificada e pelo direito positivo, recebeu grande influência do direito romano, tendo por objetivo principal, buscar a lei a ser aplicada ao fato particular, pelo juiz que nada mais é, senão o *boca-da-lei*, ou seja, aquele que aplica a lei, de acordo com a filosofia de Montesquieu em seu “Espírito das Leis”, seguindo a tradição política herdada da revolução francesa, que passou a preconizar a importância do legislador em seu processo criativo do direito, impedindo que o juiz tivesse esse poder, de tal forma que o liberalismo não lograsse êxito na França. Em consequência até hoje constatada, o juiz francês precisa enfatizar a soberania da lei ao decidir, sendo impedido de interpretar a lei de acordo com seu entendimento, pois quem faz a justiça é o legislador, contrariamente ao juiz de *common law*, que deve justificar porque adotou determinada solução para o caso.

Logo, é o legislador e não o juiz que tem importância no sistema de *civil law*, onde o direito se materializa através da lei, dela advindo sua força, limitando assim, a atividade judicial. Na verdade, quem cria o direito nesse sistema é o legislador e não o juiz, que acabou privado dessa incumbência. Assim, compete ao legislador a soberania de dizer o direito que o juiz deverá aplicar ao caso concreto, sem se justificar ou interpretar sua escolha, agindo como o juiz boca-da-lei. Trata-se do positivismo que concede verdadeira honra à lei, eliminando a criatividade da função judiciária e atribuindo ao legislador a função de traduzir a vontade e as aspirações coletivas. Na verdade, o positivismo além de negligenciar a atividade do juiz, acaba se afastando da realidade do raciocínio judiciário, pois parte da regra e não dos fatos.³³

Tassinari³⁴ esclarece que a *civil law* nasceu do chamado “movimento codificador”, ao contrário da *common law*, cuja tradição está embasada na análise de casos (*case law*). Isso, segundo a autora, levou a lei a se tornar o centro do sistema jurídico e a fonte mais importante do direito, ganhando força a partir da Revolução Francesa, que veio reafirmar o princípio da separação dos poderes, consagrado por Montesquieu e, em consequência, enfraqueceu o sistema constitucional francês, levando ao chamado legicentrismo. Mas os dois sistemas não

³² GARAPON, A.; PAPAPOULOS, I.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008. p. 138.

³³ GARAPON, A.; PAPAPOULOS, I.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008.

³⁴ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. 2013.

estão isolados, como constata a autora, argumentando que tradições puras não se sustentam em relação às duas culturas ocidentais, que acabam se influenciando reciprocamente, tanto que, em ambas adotam o controle de constitucionalidade das leis.

Segundo Garapon³⁵, tantas são as diferenças entre os dois sistemas jurídicos, que até mesmo a palavra direito tem acepções diversas para um jurista de *common law* e de *civil law*, sendo para este sistema um verdadeiro ideal que deve nortear a sociedade, dando-lhe forma e organização, sob pena de se instalar o caos e a injustiça, razão pela qual, a vontade dirigente precisa ser disciplinada através de um código de leis. Só que o direito permanece afastado da realidade e do concreto, mantido como algo sagrado, inatingível, o que não acontece em sede de *common law*, onde o direito se assemelha a uma regra do jogo, que não vem do soberano e sim da sociedade, que emite regras que serão constatadas pelo direito. Daí porque, conclui o autor, o direito da *civil law* é constituído de um sistema de normas, enquanto o da *common law*, uma sequência de soluções práticas.

Conclui o autor, que “cada sistema judiciário deve organizar um sistema de garantia do direito e de controle externo do poder sem trair seu ideal democrático”.³⁶

³⁵ GARAPON, A.; PAPAPOULOS, I.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008.

³⁶ GARAPON, A.; PAPAPOULOS, I.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008.p. 143-4.

1.2 O MODELO AMERICANO

Afirma Bullier, que a partir do momento em que os britânicos conquistaram o mundo, levaram consigo o direito, de modo que a *common law* nos Estados Unidos evoluiu de maneira distinta em cada um dos estados membros da Federação norte-americana, constatando-se que os princípios, costumes e regras não provinham do poder legislativo e sim do poder judiciário, formando assim um sistema diferente, cujo direito positivo decorre das decisões judiciais.

E destaca também, que no início do século XX, alguns autores americanos como Roscoe Pound, reitor da escola de direito de Harvard, declararam ter ocorrido uma ruptura na história judiciária americana antes e após a revolução. Segundo ele, é no início da jovem república americana, que se descobre a origem do sistema de direito dos Estados Unidos, que lograram recepcionar a *common law*, descentralizaram o sistema judiciário e criaram um direito penal e um processo penal capazes de satisfazer as necessidades da sociedade pioneira.

Então, cada estado norte-americano desenvolveu sua própria *common law*, constatando-se que mais os princípios do direito inglês do que a própria *common law* inglesa podem assemelhar Inglaterra e Estados Unidos, embora alguns teóricos-historiadores, entendam que como as decisões dos juízes eram orais, sem lei específica, não poderia haver recepção do direito inglês, como por exemplo, segundo a teoria de Roscoe Pound. Mas outros autores como James Kent e Julius Goebel, não concordam com isso, afirmando que os Estados Unidos adaptaram ao seu meio, a estrutura das cortes inglesas.³⁷

Na verdade o sistema americano evoluiu de maneira mais independente que todos os demais membros dessa família de direito, pois, ao proclamar sua independência, os Estados-Unidos procederam a uma cisão total com a antiga metrópole,³⁸ mantendo, contudo como base a cultura da *common law*, a ela adicionando modificações significativas, pois o direito civil também passou a desempenhar seu papel no modelo norte-americano. Na verdade, a lei americana por excelência é a Constituição, considerada a verdadeira lei, de onde advém a importância da Suprema Corte, instituição peculiar, que logrou combinar os dois grandes modelos ocidentais, o direito civil e a *common law*.³⁹

³⁷ BULLIER, A.J.. **La common law**. 2002.

³⁸ BULLIER, A.J.. **La common law**. 2002, p. 22.

³⁹ GARAPON, A.; PAPAPOULOS, I.. **Julgado nos Estados Unidos e na França**. 2008.

Mas nem por isso, afirmam Garapon e Papapoulos⁴⁰ que os Estados Unidos apresentam a mesma cultura europeia, tanto é que a *common law* da Inglaterra, onde os juízes têm um papel mais central, mas afastado da política, não se confunde com o direito americano.

No que se refere às Constituições nos Estados de *common law*, a britânica se constitui de um conjunto de leis, princípios e práticas que vieram se desenvolvendo ao longo dos séculos, inexistindo, portanto, um documento único, daí a razão pela qual é considerada como “não-escrita”, sendo que esse conjunto evoluiu até nossos dias como um modelo único que é admirado no mundo todo e que influenciou os Estados de idioma inglês, onde o soberano perdeu seu poder, agindo somente através do conselho executivo oriundo da representação popular, através das câmaras, alta e baixa.⁴¹

Portanto, o documento sagrado dos Estados Unidos, decorrente do século das Luzes, é sem dúvida o texto da Declaração de Independência, tanto quanto sua Constituição, causou grande choque aos ingleses, que acabaram entendendo o que os franceses nunca compreenderam: que as colônias não são eternas⁴². Dentre todas as colônias britânicas, os Estados-Unidos foram a única que declararam a independência sem adequar sua constituição ao Parlamento imperial de Westminster, o que torna até hoje impossível considerar a nação norte-americana, como membro da Comunidade Britânica, pois a independência da nova nação americana deu-se não em virtude de uma independência acordada, mas sim por uma independência arrancada do poder imperial.

⁴⁰ GARAPON, A.; PAPAPOULOS, I.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008.

⁴¹ BULLIER, Antoine J. **La common law**. 2002. p. 41-2. La Constitution britannique est un ensemble de lois, d'arrêts, de principes et de oratiques (conventions) qui se sont développés au cour des siècles. Il n'y a pas de document unique c'est pourquoi on l'appelle non-écrit. Cet ensemble de composantes qu'on devrait appeler pratique constitutionnelle a évolué au cours des siècles passant du régime féodal à celui de la démocratie Parlementaire actuelle, véritable modèle qui fait l'admiration du monde entier; le souverain se voyant peu a peu dépouillé de ses pouvoirs au profit de la chambre haute puis de la chambre basse qui devient dépositaire de la souveraineté populaire et qui voir émerger l'exécutif désormais exclusivement recruté en son sein.

⁴² BULLIER, A.J. **La common law**. 2002, p. 42-3. Prefácio. Issu du siècle des Lumères, le texte de la Déclaration d'Indépendance, document considéré par les américains comme sacré autant que leur Constitution va faire prendre conscience aux Britanniques que les colonies n'ont qu'un temps et qu'un jour il faudra partir. Le Royaume Uni sortira humilié de la guerre américaine mais il retiendra une leçon que la France n'a jamais comprise: les colonies ne sont pas éternelles. Après la déclaration de l'indépendance, les Etats Unis voteront une première constitution [...]. C'est pourquoi aujourd'hui encore, il est inimaginable de penser les Etats Unis comme membres du Commonwealth car le premier empire britannique celui des 13Colonies américaines s'est terminé non par une indépendance arrachée a la puissance impériale.

Além disso, os Estados Unidos criaram uma nova figura, a Federação, dividida em Estados Federados, o que veio a impressionar o mundo na época, influenciando outras constituições.⁴³

Contudo, não há como separar as duas Nações em sua origem, tanto que o fundamento do direito americano provém diretamente da tradição inglesa de *common law*, a ponto de não ser possível ensinar direito penal nos Estados Unidos sem fazer referências às suas origens, ainda que, diversamente do que ocorre no Reino Unido, nos Estados Unidos o procedimento penal esteja constitucionalizado e os direitos do preso melhor protegidos. Mas não há dúvidas de que a herança inglesa é essencial para se compreender o exemplo americano, ou seja, há um código penal modelo em matéria criminal, que contém uma espécie de direito positivo. Ademais, as soluções de direito proferidas no Reino Unido continuam sendo de grande interesse nos Estados Unidos, que as adotam como elementos de comparação.⁴⁴

Embora a *common law* seja a base da cultura jurídica norteamericana, inúmeras mudanças foram procedidas, tanto é que os Estados Unidos também foram influenciados pelos códigos napoleônicos. Porém a grande síntese americana foi sem dúvida a Constituição, seguida pela Suprema Corte e pelos *civil rights*, formando a trilogia que a diferencia a *common law* tradicional.⁴⁵

Disso decorreu a denominada *regra do precedente jurisprudencial*, o *stare decisis*, que determina a aplicação em casos similares, em todas as jurisdições, e somente em situações excepcionais a Suprema Corte pode tomar decisão diversa daquela já firmada pela jurisprudência, o que garante certa segurança jurídica ao sistema de *common law*. Portanto, o sistema de *common law* não remete à falta de modificação, ao contrário, os juízes se obrigam a alterar suas decisões, e novas regras vão surgindo na medida em que surgem novos casos, fazendo evoluir o sistema jurídico.⁴⁶

Outra característica da *common law* americana, completando a trilogia formada pela Constituição e pela Suprema Corte, a distinguir o sistema tradicional do Reino Unido, vem a ser o denominado *civil rights* ou política dos direitos, que

⁴³ BULLIER, A.J. **La common law**. 2002.

⁴⁴ BULLIER, A.J. **La common law**. 2002.

⁴⁵ GARAPON, A.; PAPAPOULOS, I.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008.

⁴⁶ GARAPON, A.; PAPAPOULOS, I.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008.

ganhou enorme importância no imaginário público americano, diversamente do que ocorre na Inglaterra, onde a ideia de direitos subjetivos e abstratos não foi assimilada pela mentalidade mais pragmática dos ingleses. Isso somente acontecerá com a incorporação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, para ser reconhecida na Grã-Bretanha.⁴⁷

Citando Carol Greenhouse, Garapon⁴⁸ destaca que:

Os americanos se identificam com o direito, mas não com os direitos”, além de considerarem os procedimentos jurídicos a própria essência do direito, que para eles é um conjunto de procedimentos que eles estimam justos, além de se considerarem agentes do direito, por se intitularem indivíduos racionais e detentores de direitos, o que vem a ser uma extensão de sua autonomia pessoal, senda sua vida social ao mesmo tempo jurídica, concluindo que a verdadeira fonte do direito está no povo e não no Estado.

Contudo, asseveram que, por se tratar de um sistema aberto, o fato da experiência não impede a modificação nem a evolução das instituições e da jurisprudência, em sede de *common law*, pois este não é um sistema estático e imutável no tempo em certos pontos, onde a legislação aparece como exceção.⁴⁹

E referindo-se à anterioridade do direito, tanto no sentido político quanto no histórico, os autores nos colocam frente a frente com a *rule of law* (princípios de direito) e com o *due process of law* (devido processo legal), dois termos essenciais que merecem análise, pois apresentam dificuldade quanto à sua melhor tradução:

Na realidade, a ideia de *rule of law* está ligada à cultura própria da *common law*, a ponto de encarná-la”. O filósofo do direito inglês, Joseph Raz, por exemplo, recusa toda ideia transcendente da *rule of law*, lembrando que ela não pode ser dissociada de uma “cultura do direito”. O que, de resto coloca uma séria dificuldade para a *common law*: como exportar essa noção se ela está tão intimamente ligada a uma história e a uma cultura? É possível propor a outros povos que aceitem essa concepção quando eles não a experimentaram concreta e profundamente em suas histórias? ⁵⁰

E quanto à definição do termo *rule of law*, ressurge o pensamento de Bullier:

A regra de direito indica uma noção fluída que se materializa nos Estados Unidos pelo procedimento penal de acordo com os direitos inscritos nos dez primeiros capítulos da Constituição. Esse Bill of Rights constitui um conjunto de garantias contra o executivo, tanto estadual como federal, bem como

⁴⁷ GARAPON, A.; PAPAOULOS, I.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008.

⁴⁸ GREENHOUSE, Carol. **Perspectives anthropologiques sur l'américanisation du droit**. Archives de philosophie du droit. Paris, Dalloz, 2001, 45, p.50. In: GARAPON, A.; PAPAOULOS, I.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008. p. 31-2.

⁴⁹ GARAPON, A.; PAPAOULOS, I.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008.

⁵⁰ GARAPON, A.; PAPAOULOS, I.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008. p. 24.

contra leis estaduais ou federais que pudessem restringir as liberdades individuais. Todas as Federações de *common law* possuem essas técnicas de proteção desses direitos [...]. E no caso daqueles Estados que não têm constituição escrita, o Parlamento tem poderes para fazer respeitar tais direitos, mesmo não sendo constitucionais, mas são inerentes à *common law* e, portanto, estão fora do alcance do legislador. [...].⁵¹

E prossegue Bullier⁵²:

Durante o reinado de Henrique VIII, a noção de *rule of law* adquire aspecto de doutrina jurídica, se afastando das conotações filosóficas e metafísicas da Idade Média. O conceito começa a tomar um sentido mais atual, de princípio de governo e de exercício do poder ligado aos direitos e deveres dos cidadãos. Os Tudor utilizaram em seu favor as instituições medievais, o que os auxiliou a acentar sua legitimidade. No final do século XVI, os autores haviam reconhecido que as ideias de supremacia do direito, o respeito aos procedimentos e a liberdade dos debates no Parlamento, bem como nos tribunais, materializavam essa regra de direito. No final da era Tudor, a ideia de supremacia do direito acabou se impondo. As Comunas haviam editado uma resolução em 1610, a respeito da preciosa regra do direito que estava ligada à supremacia da lei, ao *due process* e à liberdade dos debates nas cortes de justiça e no Parlamento. Sir Edward Coke, juiz do Banco do Rei desenvolvera a ideia de que a *rule of law* era um princípio constitucional, o que finalmente iria fundar o Estado liberal democrático moderno. [...]. Mais tarde, a jurisprudência entrou em decadência no Reino Unido, mas ela conheceria grande glória nas colônias americanas que aceitaram a doutrina da *common law* fundamental e rejeitaram a ideia da soberania do legislador. Tanto que, embora não explícito na Constituição americana, o controle de constitucionalidade passou a ser um dos pilares da *rule of law* nos Estados-Unidos.

Os princípios de direito natural também fazem parte da *rule of law*, uma espécie de doutrina jurídica, que para os franceses significa a preeminência do

⁵¹ BULLIER, A.J. **La common law**. 2002. p. 48. “La règle de droit est donc une notion floue qui se matérialise aux États Unis pour la procédure pénale par les droits inscrits dans les dix premiers amendements de la Constitution. Ce *Bill of Rights* forme un ensemble de garanties contre l'exécutif étatique comme fédéral mais aussi contre des loi étatiques et fédérales qui pourraient restreindre ces libertés individuelles. Toutes les fédérations de common law ont des techniques de protections de ces droits [...]. Et dans les États qui n'ont pas de constitution, le Parlement a des pouvoirs pour faire respecter ces droits, même s'ils ne sont pas constitutionnels, mais ils sont inhérents à la common law et donc hors de portée du législateur [...]”.

⁵² BULLIER, A.J. **La common law**. 2002. p. 44-5. Pendant le règne d'Henry VIII, la notion de *rule of law* prend un aspect de doctrine juridique en s'éloignant des connotations philosophiques et métaphysiques du Moyen Âge. Le concept commence à prendre son sens actuel de principe de gouvernement et d'exercice du pouvoir lié aux droits et devoirs des sujets. Les Tudor utilisèrent à leur profit les institutions médiévales ce qui les aida à asseoir leur légitimité. À la fin du XVI^e siècle, les auteurs avaient reconnu que les idées de suprématie du droit, respect procédural et liberté des débats au Parlement comme devant les tribunaux matérialisaient cette règle de droit. À la fin de la période Tudor, l'idée de suprématie du droit s'impose. Les Communes avaient déposé une résolution en 1610 sur la précieuse règle de droit qui était liée à la suprématie de la loi, au *due process* et à la liberté des débats dans les cours de justice comme au Parlement. Sir Edward Coke juge au Banc du roi développa l'idée que la *rule of law* était un principe constitutionnel ce qui finalement allait fonder l'Etat libéral démocratique moderne. [...]. Après, la jurisprudence entra en décadence au Royaume-Uni mais elle allait connaître une grande gloire dans les colonies américaines qui acceptaient la doctrine d'une common law fondamentale et rejetaient l'idée de souveraineté du législateur. Bien que non explicite dans la Constitution américaine, le contrôle de constitutionnalité allait devenir un des piliers de la *rule of law* aux États-Unis.

direito, a supremacia das regras de direito e consistem na imparcialidade do juiz, na publicidade das audiências, na presunção de inocência e na autoridade da coisa julgada. Além disso, a magistratura deve usufruir de total independência dos poderes executivos e do legislativo e somente o controle de constitucionalidade das leis pode aceitar a recusa do juiz de aplicar a lei. Por sua vez, a lei deve respeitar os valores sociais e ouvir a opinião pública para ser respeitada, prevenindo a anarquia, assim como o direito deve proteger qualquer forma de violência. A ação governamental deve assegurar que o executivo não esteja acima das leis.⁵³

A respeito da separação dos poderes e de como justiça e política se relacionam nos países de sistema de *common law*, quanto ao ato de julgar, Garapon⁵⁴ analisa:

A questão da separação dos poderes, não se coloca unicamente através do julgamento de uma causa, mas também na maneira de julgar a causa” afirma Antoine Garapon, pois “o relacionamento entre a justiça e a política é de imediato resolvido nos países de *common law*, pela presença do júri, que representa um terceiro papel não responsável [...] aliviando a decisão do juiz de sua parte não técnica. Ele torna assim possível uma contribuição dos juízes para a *rule of law* que só pode ser aceitável se for circunscrita. A separação dos poderes é indivisível: ela não pode ficar só no juiz. Separação entre os diferentes ramos do poder e distinção das diferentes funções no ato de julgar se constroem em espelho. O juiz pretende preencher uma função terceira, mas se ele, por sua vez não estiver triangulado, sua marca sobre a vida democrática é mal vista (o problema da legitimidade do juiz é lancinante na França). A *common law* nos ensina – e a mensagem é universal – que essa separação dos poderes é de natureza processual antes de ser institucional. Lição que podemos ler também negativamente: o poder ilimitado que caracteriza o juiz francês dentro de sua função não seria uma das causas das dificuldades encontradas pelo poder executivo em relação ao poder judiciário?

E ainda retornando a Bullier⁵⁵, para ele, em sede de *common law*, os juízes são os verdadeiros defensores das liberdades individuais, exercendo vigilância sobre o executivo, a fim de evitar arbitrariedades por parte desse poder, e isso graças a esse controle de constitucionalidade, que permite controlar o poder público.

Outrossim, é impossível falar a respeito do sistema jurídico norteamericano, sem tecer comentário sobre a teoria de Dworkin, em sua obra “O Império do Direito”, onde estabelece, segundo apontado por Clarissa Tassinari, que:

⁵³ BULLIER, A.J. **La common law**. 2002.

⁵⁴ GARAPON, A.; PAPAOULOS, I.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008. p. 127-8.

⁵⁵ BULLIER, A.J.. **La common law**. 2002.

“Ronald Dworkin constrói sua teoria visando combater tanto o positivismo como o pragmatismo”⁵⁶. Então para o autor, o direito é um conjunto de práticas sociais a serem interpretadas, um conceito interpretativo dotado de finalidade, e que vai influir na atuação de juízes e tribunais. Essa intencionalidade se apresenta em três fases que são, uma pré-interpretativa, uma interpretativa e pós-interpretativa do direito. Dworkin faz essa distinção para mostrar que a objetividade tem lugar na interpretação jurídica, mas isso não significa que o intérprete possa interpretar uma prática da maneira como ele gostaria que fosse, pois, por trás dessa teoria da decisão, há uma teoria moral, política, uma teoria da igualdade e da democracia⁵⁷.

Na mesma senda, Marcellino Jr. também acrescenta que:

Dworkin, em sua posição liberal-contratualista [...], escrevendo no âmbito do *common law*, também se aproxima da tese substancialista por conceber a função judicial e a jurisprudência por ela produzida como importante instrumento de concretização da comunidade política, sempre atrelado aos ditames constitucional-pactuais. A tese dworkiniana procura romper com a tradição positivista do Direito. [...]. O Direito, segundo Dworkin, seria muito mais do que meras regras cuja validade dependeria da aceitação da comunidade como um todo [...] aplicado através da conjugação de regras e de princípios (*standards* de conteúdo moral) que se consolidariam na comunidade ao longo da história sempre considerando seus valores, costumes e tradições.⁵⁸

Prossegue Marcelino Jr., comentando Dworkin, que o juiz precisa encontrar a resposta ao caso concreto, o conjunto de elementos que constituem e integram aquela comunidade, justificando porque assim decidiu, interpretando a situação lhe posta, baseado nos valores que regem aquela sociedade, a fim de garantir seus ideais, ou seja, o juiz não fica adstrito ao legislador e a intenção deste quando criou a norma.⁵⁹

Destaca também Marcellino Jr., a respeito da teoria de Dworkin, que o direito deva ser compreendido numa dimensão composta de normas, diretrizes políticas e princípios. As diretrizes políticas dizem respeito aos objetivos sociais que se pretendem alcançar, e os princípios, estão ligados ao que se entende por justiça e equidade. [...]. Dworkin pretende uma teoria que [...] ofereça respostas ao que

⁵⁶ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 100.

⁵⁷ TASSINARI, C.. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. 2013.

⁵⁸ MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**: (des)encontros entre economia e direito. Florianópolis: Habitus Editora, 2009. p.169-87.

⁵⁹ MARCELLINO JUNIOR, J.C.. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**: (des)encontros entre economia e direito. 2009.

chama de *hard cases*, casos mais difíceis. [...]. Em casos em que não haja previsão legal, tal modelo desloca à discricionariedade judicial a responsabilidade pela escolha entre as possíveis decisões para o caso. [...]. É nesse sentido que Dworkin defende o direito como integridade [...] como um ideal político distinto, aceitando o princípio da integridade na prestação jurisdicional como soberano em todo o direito [...] instrumento de justiça social a serviço do desenvolvimento humano. A distinção entre princípios e normas, segundo Dworkin [...] fica bastante evidente nos problemas e casos em que o ordenamento não possua lei específica para a questão ou que a norma vigente encontra-se em dissonância com a realidade social. [...]. No caso de conflito na aplicação de princípios, diferentemente do conflito entre normas/regras em que somente uma delas será considerada válida com exclusão da regra conflitante, o julgador deverá levar em conta o peso relativo de cada um deles. [...]. Desse modo [...] Dworkin crê que os juízes – quando diante de casos difíceis – podem e devem lançar mão do conjunto de princípios de uma comunidade para oferecer uma resposta adequada às demandas que lhe são submetidas a julgamento.⁶⁰

Conclui-se, portanto, que a tese dworkiana, em sua posição liberal-contratualista, busca romper com a tradição positivista do Direito, aproximando-se, segundo a leitura de Marecellino Junior, da tese substancialista, vendo na atuação judicial e na jurisprudência dela decorrente, a concretização da política, em consonância aos ditames constitucionais pactuados⁶¹.

Também citando Dworkin, Streck, Ferrajoli e Trindade⁶² afirmam que o juiz está vinculado a uma tradição constitucional ao decidir, e não pode decidir de acordo com sua consciência, o que seria uma forma de ativismo. De acordo com a teoria dworkiniana, o juiz ativista ignoraria tudo isso para impor seu ponto de vista. Então, os juízes devem aplicar a Constituição por meio da interpretação, pois um julgamento interpretativo envolve a moral política [...].

Por sua vez, também analisando o pensamento do americano Dworkin, Robert Jacob menciona conclusões que merecem referência:

⁶⁰ DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Barcelona: Ariel, 1989, p. 79.

⁶¹ MARCELLINO JUNIOR, J.C.. **Princípio constitucional da eficiência administrativa: (des)encontros entre economia e direito**. 2009.

⁶² DWORKIN, Ronald. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999 *In*: STRECK, Lenio Luiz; FERRAJOLI, Luigi; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 119.

O papel dos juízes no funcionamento da república americana alimenta há quase dois séculos um debate fundamentado na natureza da democracia e particularmente sobre o lugar que cabe a cada instituição eleita, que representa a vontade da maioria dos cidadãos e às instituições não eleitas – como a corte suprema – e que parecem às vezes se arrogar o privilégio exorbitante de invalidar as decisões e a vontade dos representantes do povo. [...]. A discussão provocada pela maneira segundo a qual Dworkin concebe o papel democrático do judiciário permite um esclarecimento conceitual a respeito da natureza da própria democracia [...]. O ponto de partida de Dworkin é aquele que ele considera como a concepção mais corrente num regime democrático. De acordo com ele, esta concepção destaca duas ideias centrais: [...] o controle de constitucionalidade das leis exercido pela corte suprema está em contradição com a liberdade, porque ele reduz a nada o princípio de que o povo se governa a si próprio. E em segundo lugar [...] as decisões coletivas não podem ter um caráter democrático a não ser que elas reflitam as preferências da maioria e tiverem sido tomadas de tal forma que cada um tenha um peso igual.⁶³

A postura de Ramos⁶⁴, a respeito da teoria de Dworkin merece igualmente ser destacada:

O curioso é que Dworkin, um dos mais influentes representantes do pensamento moralista, insiste em negar que sua concepção de direito conduza ao ativismo judiciário, por pretendê-la mais inflexivelmente interpretativa do que o convencionalismo (positivismo) ou o pragmatismo: O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado o seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste em que os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação, e não por *fiat*, querendo com isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la. Um julgamento interpretativo envolve a moral política, e o faz de maneira complexa que estudamos em vários capítulos. Mas põe em prática não apenas a justiça, mas uma variedade de virtudes políticas. Uma delas é a equidade: o direito como integridade é sensível às tradições e à cultura política de uma nação, e, portanto, também a uma concepção de equidade que convém a uma Constituição. A

⁶³ JACOB, Robert (sous la direction de). Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes. In: GARAPON, Antoine. **La culture juridique française au choc de la “mondialisation”**. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence - L.G.D.J, 1996. p. 285. “Le rôle joué par les juges dans le fonctionnement de la république américaine alimente depuis près de deux siècles un débat de fond sur la nature de la démocratie et en particulier sur la place qui doit y revenir respectivement aux organes élus représentant la volonté de la majorité des citoyens et à des institutions non élues – comme la cour suprême – qui paraissent parfois s’arroger le privilège exorbitant d’invalidier les décisions et les volontés des représentants du peuple. [...] La discussion provoquée par la manière dont Dworkin conçoit le rôle démocratique du judiciaire permet une clarification conceptuelle sur la nature de la démocratie [...]”. “Le point de départ de Dworkin est ce qu’il considère comme la conception la plus courante d’un régime démocratique. Selon lui, cette conception commune met l’accent sur deux idées centrales: [...] le contrôle de constitutionnalité des lois exercé par la cour suprême est en contradiction avec la liberté parce qu’il réduit à néant le principe que [...] le peuple se gouverne lui-même. Et en second lieu [...] les décisions collectives ne peuvent posséder un caractère démocratiques que si elles reflètent les préférences de la majorité et si elles ont été prises dans des conditions telles que chacun ait pu peser d’un poids égal sur ces décisions”.

⁶⁴ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 135.

alternativa ao passivismo não é um ativismo tosco, atrelado apenas ao senso de justiça de um juiz, mas um julgamento muito mais apurado e discriminatório, caso por caso, que dá lugar a muitas virtudes políticas, mas, ao contrário tanto do ativismo quanto ao passivismo, não cede espaço algum à tirania.

Portanto, de acordo com o que apontaram os autores citados, não há dúvidas de que o pensamento de Dworkin teve influência no sistema norteamericano de *common law*, embora o autor tenha alterado sua tese, como se deflui de suas obras.

1.3 CIVIL LAW E DE COMMON LAW: DIFERENÇAS FUNDAMENTAIS

No que se refere à *civil law* e seu comparativo com o sistema jurídico de *common law*, também merecem destaque os comentários desenvolvidos por Garapon e Papapoulos⁶⁵, em obra de autoria de ambos, sobre o sistema norteamericano e o francês, por ser este o modelo por excelência do sistema de *civil law* no mundo ocidental, também adotado pelo Brasil, em que pese algumas diferenças marcantes que aproximam nosso sistema jurídico também do modelo americano, de quem herdou, entre outros mecanismos, o ativismo judicial e o controle de constitucionalidade, sendo, portanto, de suma importância destacar alguns comentários do estudo desenvolvido pelos autores acerca da matéria.

Vale acrescentar a propósito, parafraseando Garapon, que, sendo a codificação o elemento por excelência da *civil law*, na *common law*, ao contrário, o fato adquire enorme importância para a decisão, constituindo um verdadeiro paradigma, quando se assemelham a outra ocorrência, de tal forma que o fato não necessita se enquadrar dentro de um princípio, e sim este princípio é que deve se ampliar para abranger o caso concreto em julgamento. É o que Garapon chama de processo de “transdução”, isto é, um processo mental em que se passa de um litígio ao outro.⁶⁶

Então, para o autor, no sistema de *common law*, a justiça parece ser mais importante do que na França, onde a função judiciária é mais administrativa, concebida como um serviço público. Na *common law*, fala-se de um juiz personalizado e visível, um verdadeiro oráculo da lei na cultura inglesa, cabendo-lhe

⁶⁵ GARAPON, A.; PAPAPOULOS, L.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008.

⁶⁶ GARAPON, A.; PAPAPOULOS, L.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008.

“a tarefa de reunir as diferentes soluções individuais ligadas entre si pelo precedente”.⁶⁷

Por isso a *common law*, mesmo desgastada após séculos de legislação, continua a exprimir uma forma de solidariedade social, ou seja, uma maneira de estar juntos, pois encontra sua fonte na vida em comum da sociedade.⁶⁸

Mas Almeida⁶⁹, mencionado por Tassinari⁷⁰,

[...] o mundo da *civil law* e o mundo da *common law* não estão isolados um do outro, como integrantes de uma história e cultura ocidentais comuns, estas tradições têm tido múltiplos contatos e influências recíprocas, basta que se observe, por exemplo, que o controle de constitucionalidade, hoje, faz parte de ambas as tradições.

Na verdade, pelo que se constata entre os doutrinadores, é unânime que *common law* e *civil law* são institutos jurídicos que acabam se comunicando na cultura ocidental, pois embora contendo antagonismos e orientações divergentes, não há como negar a influência acentuada dos Estados Unidos nesse contexto, fazendo com que muitos Estados passassem a copiar o modelo da soberania da Constituição frente ao Estado, sem contar ainda as influências recíprocas entre os sistemas, que não podem se ignoradas. Tanto é que o Brasil, Estado tradicionalmente originário do sistema de *civil law*, a partir da Constituição de 88, adotou o controle de constitucionalidade, originário da *common law*.

Enfatiza ainda Tassinari, que em nosso País houve uma tentativa de se adotar o sistema dos precedentes estadunidense, através da criação da súmula vinculante pela Emenda Constitucional n. 45/2004. Contudo, a inovação não surtiu o efeito almejado, pois, em face da compreensão muitas vezes distorcida do mecanismo, resultou em discricionariedade, demonstrando assim, que nem sempre a assimilação de mecanismos de outras tradições jurídicas vem a ser a melhor solução. Cumpre referir ainda, parafraseando Tassinari, que a Constituição estadunidense, apesar de seu texto enxuto e por outro lado abrangente, contém a afirmação de numerosos direitos de proteção das liberdades e garantias aos cidadãos.⁷¹

⁶⁷ GARAPON, A.; PAPAPOULOS, L.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008.p. 138.

⁶⁸ GARAPON, A.; PAPAPOULOS, L.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008.

⁶⁹ ALMEIDA, Carlos Ferreira. **Introdução ao direito comparado**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 144

⁷⁰ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. 2013.

⁷¹ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. 2013.

Mas consoante esclarece Garapon, o grande diferencial caracterizador do sistema jurídico de *common law* vem a ser a instituição do júri, que constitui a diferença essencial entre os dois sistemas, concedendo aos jurados na *common law*, o poder de decidir a respeito da veracidade ou falsidade da questão fática, com a qual o juiz não se envolve, contrariamente ao que ocorre na França, onde o juiz concentra em suas mãos o poder. Em sede de *common law*, compete ao juiz zelar pelas questões processuais e de direito que dizem respeito ao julgamento no direito anglo-americano, dirigindo o procedimento. O juiz somente pode fundamentar suas conclusões na jurisprudência e nos fatos produzidos pelos advogados, mas no júri ele analisa somente questões de direito, auxiliando o trabalho do júri, a quem compete dizer a final, o justo e o injusto. Portanto, o juiz de *common law* é um verdadeiro mediador. O juiz francês exerce sozinho o poder de julgar, tendo conhecimento dos fatos e do direito, de acordo com a tradição romano-canônica, na qual era considerado o ministro da verdade.⁷²

No tocante à origem do júri e de sua evolução ao longo da História, também se extrai do contexto da obra de Garapon, que a instituição nasceu na Inglaterra, e era denominada “inquisição”, composta por 12 membros da comunidade, convocados para informar a respeito dos fatos a serem julgados, escolhidos pelos juízes. Assim como a *common law*, o júri também constou da Magna Carta de 1215, que autorizava os julgamentos através dos pares, não apenas das questões de fato, como também de direito. Com a independência dos Estados Unidos em 1776, a tradição foi mantida pelos americanos, que reconheceram nela o caráter democrático, passando a integrar inclusive o Bill of Rights (Declaração dos Direitos do Homem americana), a ponto de ter sido transformado numa espécie de “religião cívica”, tanto em matéria penal quanto cível. E mais do que isso, o júri nos Estados Unidos é um órgão da maior importância, que contém algo de sagrado, pois carrega os valores da comunidade e o peso da decisão.⁷³

A respeito da instituição do júri, Tocqueville, mencionado por Garapon⁷⁴, esclarece que este deveria ser considerado

⁷² GARAPON, A.; PAPAPOULOS, L.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008.

⁷³ GARAPON, A.; PAPAPOULOS, L.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008.

⁷⁴ TOCQUEVILLE, Alexis de. **De la démocratie em Amérique**. In: GARAPON, A.; PAPAPOULOS, L.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008. p. 147.

[...] como uma escola gratuita e sempre aberta, aonde cada jurado vem se instruir sobre seus direitos [...]. Eu penso que se pode atribuir a inteligência prática e o bom senso político dos americanos principalmente ao longo uso que fizeram do júri [...]. Eu vejo isso como um dos meios mais eficazes de que a sociedade pode se servir para a educação do povo”. E prossegue: “forçando os homens a se ocuparem de outra coisa além de suas próprias questões, ele combate o egoísmo individual, que é uma espécie de ferrugem das sociedades.

Garapon, mencionando Luhmann⁷⁵, adverte:

Não se deve perder de vista que nossas sociedades se caracterizam por uma complexidade crescente, acelerada ainda mais pela globalização, o que se reflete no direito. Este, instado a remediar todos os males sociais, torna-se por sua vez cada vez mais técnico e hermético para a maioria dos mortais. Transformar os problemas em procedimentos pode tornar o sistema jurídico ainda mais opaco se não houver a complementação de uma visão propriamente moral. O júri tenta resolver essa contradição colocando-se simultaneamente como instância jurídica e como instituição moral. Um jurado, ou seja, o homem da rua deve ser capaz de compreender qualquer problema e de solucioná-lo graças à suas simples competências de cidadão, ou seja, por suas convicções e seu conhecimento da vida. O júri é nesse aspecto um fator considerável de redução da complexidade do processo e, mais geralmente, do sistema jurídico. [...] para os antifederalistas, o júri era uma garantia contra o despotismo ou a corrupção do poder estatal [...] o remédio mais eficaz contra juízes corrompidos, principalmente quando o Estado fosse uma das partes do processo.

Na tradição anglo saxônica, Weber, também citado por Garapon⁷⁶, destaca:

O júri nasceu assim quando as partes se puseram voluntariamente de acordo – posteriormente elas foram obrigadas a fazê-lo – para submeter todos os seus litígios ao veredicto de doze jurados em lugar de recorrer ao velho procedimento irracional. O júri assumiu então em certa medida, o lugar do oráculo e não apresenta, como ele, os motivos racionais de sua decisão.

E arremata Garapon⁷⁷, a respeito da instituição do júri na cultura de common law, ser ela detentora de uma função sagrada, ainda que de caráter anônimo, identificando-se sobremodo com o povo, que percebe no júri a própria legitimidade do juiz. É que os jurados decidem a questão fática sem qualquer fundamentação, apenas emitem um julgamento, cabendo ao juiz, contudo, prolatar decisão fundamentada. O júri responde a perguntas e não deve justificar sua decisão, como um verdadeiro oráculo, de onde se originou, cabendo ao juiz tão somente a função processual.

⁷⁵ LUHMANN, Niklas. Politique et complexité, paris, Cerf, col. “Humanités”, 1999. In: GARAPON, A.; PAPAPOULOS, I.. **Julgado nos Estados Unidos e na França**. 2008. p. 153-4.

⁷⁶ WEBER, Max. Sociologie du droit, prefácio de Philippe Raynaud, trad. J. Grosclaude, Paris, PUF, 1986, p.126-127. In: GARAPON, A.; PAPAPOULOS, I.. **Julgado nos Estados Unidos e na França**. 2008. p. 138.

⁷⁷ GARAPON, A.; PAPAPOULOS, I.. **Julgado nos Estados Unidos e na França**. 2008.

Na França, os juízes não constituem um terceiro poder, como os britânicos, sendo essa uma dificuldade compartilhada por todos os países latinos, esclarece Garapon. Cumpre aqui destacar que no caso do Brasil, onde, a partir da Constituição de 88, os juízes adquiriram *status* de poder, diversamente do que se percebe em outros Estados democráticos.

Levando em conta essa distinção, entende o autor que os diferentes papéis exercidos do juiz em cada um dos sistemas, levam a atitudes diversas do julgador no processo, tornando o juiz de *civil law* mais ativo do que seu homólogo da *common law*, que é mais passivo, por se limitar ao papel de árbitro, objetivando apenas assegurar a lealdade entre as partes no decorrer do julgamento. Na verdade, Garapon fala de uma “negação da personalidade do juiz”, decorrente da teoria positivista na França, que não pode mais se manter, porquanto o juiz deixou de ser um autômato, um mero servidor anônimo que faz parte da Instituição que faz a justiça e não o juiz. Esta é a visão decorrente da tradição política francesa, na qual os juízes estão ausentes da política sendo meros funcionários públicos. Já o juiz de *common law* é uma figura única, cuja atuação difere totalmente daquela de seu colega continental, pois naquela a divisão de tarefas é permitida, o que não acontece no modelo de onde o juiz concentra todas as tarefas. São perfis diferentes, posto que oriundos de culturas distintas.⁷⁸

Portanto, de acordo com o pensamento de Garapon, o julgamento difere fundamentalmente, nos dois sistemas jurídicos em análise, de forma que, um julgamento em *civil law* consiste em aproximar os fatos de um enunciado da lei, para chegar a uma decisão, ou seja, é um raciocínio dedutivo até atingir a conclusão. O juiz de *common law* não se atém à lei para decidir.⁷⁹

Tanto é que na França o ato de julgar não é fragmentado, afirma Garapon, e o juiz não divide sua função, concentrando-se o poder nas mãos de um único julgador, que é um verdadeiro ministro da verdade e aplica o direito, decidindo os fatos, escrevendo a história a partir de sua ótica particular e de sua consciência, diversamente do juiz anglo-americano, cuja consciência não intervém no julgamento. Daí decorre essa dimensão quase sagrada do ato de julgar, tarefa esta que era considerada divina na história da justiça dos países latinos, o que não ocorre no

⁷⁸ GARAPON, A.; PAPAPOULOS, I.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008.

⁷⁹ GARAPON, A.; PAPAPOULOS, I.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008.

sistema da *common law*. Nos países de *civil law*, onde o juiz deve justificar sua decisão, ele exerce uma função moral que é desconhecida no sistema da *common law*.⁸⁰

O juiz francês, em particular o juiz investigador penal, é desde o início da modernidade judiciária um ministro da verdade, que controla a elucidação dos fatos e a aplicação do direito, a partir de sua ótica particular e de seu subjetivismo, de onde advém a questão sempre lembrada da consciência do juiz, ao contrário do juiz de *common law*, que não precisa dizer a verdade dos fatos, sendo, na verdade, um meio termo, um desvio técnico obrigatório no processo, jamais um verdadeiro poder.⁸¹

Em um caso, o juiz tem a responsabilidade direta em relação ao que ele decidiu e redige suas decisões na primeira pessoa do singular (impensável na França!), no outro, ele constitui um elemento de agenciamento institucional". Na tradição política francesa os juízes não existem politicamente (não mais do que qualquer outro agente de uma administração): eles são não pessoas que só podem falar em nome da lei ou do povo francês, no plural de majestade.⁸²

Garapon entende, pois, que as tradições francesa e anglo-americana diferem quanto ao modo de julgar, sendo que para a justiça dos Países Latinos e católicos, como a França, essa função tem algo de sagrado, obrigando o juiz a fundamentar sua decisão, nela colocando convicções que devem ser extraídas de sua consciência e não apenas das normas jurídicas, o que lhe confere maior poder, pois é justamente em seu foro íntimo que ele pode buscar fundamento para decidir. No sistema americano, competência técnica e elevado nível ético são exigidos do juiz, sendo que uma jurisprudência a respeito da ética dos juízes há muito vem se fortalecendo.

Vale transcrever, a propósito do ato de julgar e do processo, comungando do entendimento destacado por Antoine Garapon, o pensamento de Alexandre Morais da Rosa, ao afirmar que a discussão a respeito do devido processo legal substancial, data de pelo menos do ano 1215, na Inglaterra de João-Sem-Terra, de onde atravessou o Atlântico, desenvolvendo-se sobremodo nos Estados Unidos, vindo a influenciar o direito brasileiro, através da Constituição de 05.10.1988.⁸³

A ampliação das garantias contra o arbítrio do Estado é decorrência da compreensão autêntica do devido processo legal substancial.

[...]. Para operacionalizar o devido processo legal substancial se recorre ao princípio da proporcionalidade (razoabilidade), o qual deve sempre ser aquilatado em face da ampliação das esferas individuais da vida,

⁸⁰ GARAPON, A.; PAPAPOULOS, I.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008.

⁸¹ GARAPON, A.; PAPAPOULOS, I.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008. p. 126.

⁸² GARAPON, A.; PAPAPOULOS, I.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008. p. 141.

⁸³ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

propriedade e liberdade, ou seja, não se pode invocar a proporcionalidade contra o sujeito em nome do coletivo, das intervenções desnecessárias e/ou excessivas. No processo penal, diante do princípio da legalidade, a aplicação deve ser favorável ao acusado e jamais em nome da coletividade, especialmente em matéria probatória e de restrição de direitos fundamentais.⁸⁴

Acentua também Garapon, que na França o poder de julgar é limitado pelo positivismo, sendo o juiz considerado um funcionário público anônimo, ainda que detenha o título de juiz, quem faz a justiça é a instituição e não o homem, diversamente do que ocorre no sistema de *common law*, no qual a função jurisdicional é centralizada, permitindo maior exigência com relação aos seus juízes, e este, como tal, tem responsabilidade direta, pois é um homem que decide.⁸⁵

Na cultura inglesa, o juiz é considerado um verdadeiro *oráculo da lei*, portanto, obrigado a justificar longamente seus julgamentos, ele escreve sua opinião na primeira pessoa e em forma de dissertação, ele narra o direito, sempre justificando suas escolhas e apresentando as diferentes soluções ligadas entre si pelo precedente, ao contrário do juiz francês, que reflete a soberania da lei, de quem é o porta-voz, de acordo com o mito revolucionário que Montesquieu denominou de juiz “boca-da-lei”, e em razão disso, não precisa se justificar suas decisões, pois o positivismo não permite um ato criativo na cultura da *civil law* e sim a estrita aplicação da lei, no qual “o único a querer é o legislador”.⁸⁶ Isso porque a lei exprime a solução judiciária.

Para a cultura inglesa, os juízes são *oracles of the law*, isto é, personalidades escolhidas em função da parte de criatividade racional que se espera deles”. Essa concepção tem uma consequência direta sobre o trabalho jurídico do juiz. A aplicação da lei demanda um trabalho intelectual sempre modesto (mesmo quando ele inova) que, em nome do soberano – a lei – se reveste de sua majestade, assim como da ausência de justificação. O juiz francês reflete a soberania da lei, ao passo que na outra tradição o juiz deve explicar porque ele adotou determinada solução.

Então, para o autor, no sistema de *common law*, a justiça parece ser mais importante do que na França, onde a função judiciária é mais administrativa, concebida como um serviço público. Na *common law*, ao contrário fala-se de um juiz personalizado e visível, um verdadeiro oráculo da lei na cultura inglesa, cabendo-lhe

⁸⁴ ROSA, A.M.da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 2014.

⁸⁵ GARAPON, A.; PAPAPOULOS, I.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008.

⁸⁶ GARAPON, A.; PAPAPOULOS, I.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008.

“a tarefa de reunir as diferentes soluções individuais ligadas entre si pelo precedente”.⁸⁷

Por isso a *common law*, mesmo desgastada após séculos de legislação, continua a exprimir uma forma de solidariedade social, ou seja, uma maneira de estar juntos, pois encontra sua fonte na vida em comum da sociedade.⁸⁸

O autor sintetiza, portanto, as contradições entre as duas culturas jurídicas da *common law* e da *civil law*, no tocante à justiça democrática, mencionando que a História se encarregou de criar as diferenças, tanto que na França, a República enfraqueceu o poder do juiz, ao passo que nos Estados Unidos, “a justiça é aristocrática em seus métodos e seu quadro, mas está a serviço da democracia”.⁸⁹

Tanto é que, até mesmo a palavra direito não tem idêntica conotação nos dois sistemas jurídicos, pois na *civil law* o direito é um ideal a ser buscado para o fim de organizar a sociedade através de uma vontade política estabelecida em um texto que lhe dê forma, sob pena da injustiça dominá-la, e o direito deve dizer esse ideal, através da lei, embora muitas vezes a lei seja inaplicável. Deve então o jurista, através de regras, fazer com que o ideal entre na lei.⁹⁰

Então, para a cultura da *civil law* o papel do direito é adequar o mundo real ao mundo ideal, definido por normas coerentes, podendo inclusive usar da força, quando necessário, caracterizando-se o direito civil por uma ser um quadro lógico, organizado em categorias, e no qual todas as regras interagem, exigindo do jurista de *civil law* uma operação mental que não tem sentido na *common law*, pois nesse sistema o que conta é a experiência e não a lógica.⁹¹

Importa aqui colacionar a respeito dos sistemas em análise, de acordo com o entendimento de Garapon, que “a comparação entre *common law* e *civil law* torna-se ainda mais problemática porque esses direitos não apresentam a mesma estrutura: um se apresenta como um sistema de normas, o outro, como uma sequência ininterrupta de soluções práticas”.⁹²

Na *common law* o direito contém a vida, mas não a precede: é por isso que ele se concebe como incitador ou corretivo, ao passo que no outro caso ele

⁸⁷ GARAPON, A.; PAPAPOULOS, I.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008. p. 138.

⁸⁸ GARAPON, A.; PAPAPOULOS, I.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008.

⁸⁹ GARAPON, A.; PAPAPOULOS, I.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008. p. 144.

⁹⁰ GARAPON, A.; PAPAPOULOS, I.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008. p. 38-39.

⁹¹ GARAPON, A.; PAPAPOULOS, I.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008. p. 138.

⁹² GARAPON, A.; PAPAPOULOS, I.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008. p. 40.

é proibitivo e punitivo”. [...]. Os direitos romano-germânicos constituem conjuntos mais coerentes, mas também mais fechados, nos quais toda questão deve encontrar uma solução por interpretação de uma regra jurídica preexistente; os sistemas de *common law* se mostram, ao contrário, mais abertos na medida em que oferecem um método para resolver qualquer tipo de questão.⁹³

Para Garapon e Papapoulos⁹⁴, a França não aceita a regra do precedente característico do sistema de *common law*, pois continua atrelada ao mito revolucionário do positivismo, do juiz boca da lei e da separação dos poderes, de sua história que continua sendo aquela da Revolução, e a doutrina positivista não mais assegura a previsibilidade das decisões judiciais, pois, partindo da regra e não dos fatos, o positivismo, pela aplicação lógica das disposições do Código Civil, acaba perdendo a realidade do raciocínio, o que não é o caso dos países de *common law*, que têm uma continuidade nas instituições, permitindo uma abertura do texto jurídico e garantindo ao legislador uma tranquilidade que lhe permite grandes mudanças.

A cultura de *common law* parece se alimentar da divisão [...]: tensão entre as regras de *equity* e de *common law*, cecessão da opinião majoritária e da opinião dissidente, competência partilhada entre o juiz e o júri, como se a *common law* encontrasse nessa divisão inicial o antídoto para a rigidez dogmática, a mola de sua vitalidade, o estímulo de sua reflexão, em suma, a chave de seu dinamismo profundo, que contrasta com o conformismo da cultura jurídica de *civil law*.⁹⁵

A Lei na França significa algo de transcendental, enquanto no universo da *common law* o direito se assemelha mais a uma regra do jogo. É que a lei na França desempenha o papel de uma espécie de religião laica: lê-se sobre os frontões dos palácios de justiça: “a Lei”, às vezes em Latin (Lex). Não é exagero dizer que, para os franceses, é a lei que fornece a identidade. Tanto que Lacan e Legendre são intraduzíveis em Inglês, pois sua referência à lei fundamental é tipicamente francesa. [...]. Esse culto à lei tem por corolário esconder as negociações feitas nos bastidores e que só recentemente saíram do “direito vergonhoso” [...]. Nada é mais estranho para o público francês do que a possibilidade de transigir com a justiça, para evitar uma condenação e escapar ao confronto com a lei. Tal acordo não pode ser feito com uma coisa tão sagrada! Por isso, na França, essa ligação tão paradoxal com a regra. [...].⁹⁶

⁹³ GARAPON, A.; PAPAPOULOS, I.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008. p. 44.

⁹⁴ GARAPON, A.; PAPAPOULOS, I.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008.

⁹⁵ GARAPON, A.; PAPAPOULOS, I.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008. p. 271.

⁹⁶ JACOB, Robert (sous la direction de). Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes. In: GARAPON, A.. **La culture juridique française au choc de la “mondialisation”**. 1996. p. 386-87. La loi s’assimile en France à quelque chose de transcendant alors que dans l’univers de la *common law* le droit s’apparente plutôt à une règle du jeu. [...] C’est que la loi en France fait l’objet d’une sorte de religion laïque: on voit sur le fronton des palais de justice: “la Loi” parfois même en latin (“Lex”). Il n’est pas trop fort de dire que pour les Français,

Jacob esclarece que a cultura jurídica francesa não entende nem aceita essa questão tão presente na common law, que leva os atores do direito a negociarem regras, pois na França o espírito de Montesquieu, o fantasma revolucionário e o imaginário do código civil continuam presentes no imaginário do povo, que acredita ser a regra autossuficiente para regular a sociedade, ao contrário da cultura jurídica anglo-saxã, que tomou caminho totalmente diverso, pouco se importando com o que dizem os agentes.⁹⁷

Pode-se afirmar, de acordo com Garapon⁹⁸, que o século XIX foi marcado pela forte influência do modelo de codificação do direito francês, em face do prestígio dos códigos napoleônicos que se espalharam pelo mundo ocidental, inclusive no Magreb e Oriente Próximo.

E no que diz respeito ao funcionamento de cada um dos sistemas jurídicos com relação ao indivíduo, destacam os autores importantes e esclarecedoras conclusões, acentuando que em sede de *civil law*, a instituição sempre se sobrepõe ao indivíduo, pois acima do individual está o coletivo, e o laço político tem primazia sobre o direito, ao contrário do que ocorre no sistema jurídico de *common law*, onde a ação individual do homem sempre prevalece, pois a justiça não existe sem os homens e para eles está voltada, o que sem dúvida conduz aos *agreement* do direito anglo-saxão, que nada mais são do que acordos que buscam soluções para os

c'est la loi qui est pourvoyeuse d'identité. Lacan ou Legendre sont intraduisibles en anglais entre autres à cause de cela: leur référence à la loi fondatrice du sujet est typiquement française. [...]. **Le culte de la loi a pour corollaire de cacher les négociations qui sont reléguées en coulisses et ne sortent que très récemment du "droit honteux".** [...] Rien n'est plus étranger pour un public français que la possibilité de transiger avec la justice pour éviter une condamnation et échapper ainsi à la confrontation avec la Loi. Une telle contractualisation n'est pas possible avec quelque chose de sacré! D'où en France, un rapport aussi paradoxal à la règle.

⁹⁷ JACOB, Robert (sous la direction de). Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes. In: GARAPON, A.. **La culture juridique française au choc de la "mondialisation"**. 1996. La culture juridique française ne veut pas voir cette réalité des acteurs qui négocient la règle, ce qui ferait dire que les anglais ont théorisé l'*equity* peut-être sans l'appliquer et que les Français ont pratiqué l'équité sans jamais le reconnaître. Tout l'esprit de Montesquieu, le fantasme révolutionnaire et l'imaginaire du code civil sont là: dans une règle qui se suffit à elle-même. Comme si on pouvait se dispenser de gardiens du temple! Comme si mécaniquement l'univers des normes suffisait à réguler la société! Les anglo-saxons ont pris une voie radicalement différente: s'en remettre aux agents. La culture juridique française ne veut pas voir cette réalité des acteurs qui négocient la règle, ce qui ferait dire que les anglais ont théorisé l'*equity* peut-être sans l'appliquer et que les Français ont pratiqué l'équité sans jamais le reconnaître. Tout l'esprit de Montesquieu, le fantasme révolutionnaire et l'imaginaire du code civil sont là: dans une règle qui se suffit à elle-même. Comme si on pouvait se dispenser de gardiens du temple! Comme si mécaniquement l'univers des normes suffisait à réguler la société! Les anglo-saxons ont pris une voie radicalement différente: s'en remettre aux agents.

⁹⁸ GARAPON, A.; PAPAOULOS, I.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008.

conflitos, justamente o que não é visto com simpatia pelos seguidores do sistema de *civil law*.⁹⁹

E prosseguem os autores¹⁰⁰ afirmando que:

Enquanto a legislação é obra do legislador, a jurisprudência é a solução genérica fornecida pelos tribunais a uma questão de direito. Ela se estabelece pela repetição de decisões distintas que acabam por formar uma sequência, uma série, uma tendência, porque elas são todas orientadas num mesmo sentido. É esta orientação numa série de decisões ou uma decisão de uma corte suprema, como a Câmara dos Lordes, que deve ser aplicada pelos juízes subsequentes, que se denomina também de precedente. A noção de precedente é que responde à necessidade de certa constância no direito. Na ausência de um direito legislado, os juízes de *common law* não dispõem de regras válidas de direito criadas por eles.

Destacam também, que os juristas de *common law* não confiam nos ramos codificados do direito, até que sejam interpretados juridicamente, e quanto à lei, embora algumas tenham significado nos países que adotam esse sistema, a lei vem a ser um complemento às regras de interpretação oriundas dos tribunais, não tendo o condão de reformular tais regras. Portanto, no sistema norte-americano, o que conta são as regras de interpretação, através das quais os juízes da *common law* controlam a aplicação dessas leis, que não são consideradas autossuficientes.

Ao lado da interpretação do direito de origem legislativa feita pelos tribunais, os juízes estão habilitados a emitir normas jurídicas, que passam a ser consideradas como o costume em sede de *common law*, a exemplo da doutrina da *civil law*, mas o costume não é via de regra, considerado fonte do direito, a não ser que ele exista desde tempos imemoriais, tenha perdurado sem interrupção, além de adotado sem oposição, e contenha uma norma genérica e precisa, que possa ser adotada por todos.

Como o legislador é autossuficiente, pode conferir a outrem o poder de legislar. Esse poder delegado, limitado pela lei, é cada vez mais utilizado, sobretudo na forma de regulamentos, que não precisam ser aprovados pelo legislador, sendo

⁹⁹ GARAPON, A.; PAPAPOULOS, I.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008.

¹⁰⁰ POIRIER, Donald; DEBRUCHE, Anne-Françoise. **Introduction Générale à la Common Law**. 3 ed. Bruylant Bruxelles: Yvon Blais Inc., 2005. p. 126-27. Disponível em: <<http://www.editionsyvonblais.com>>. Acesso em: 09 nov. 2013. "Alors que la législation est l'oeuvre du législateur, la jurisprudence est la solution généralement donnée par les tribunaux à une question de droit. Elle s'établit par la répétition de décisions distinctes qui finissent par former une suite, une série, une tendance, parce qu'elles sont toutes orientées dans le même sens. C'est cette orientation d'une série de décisions ou une décision d'une cour suprême, comme la chambre des Lords, qui doit être appliquée par les juges subséquents qu'on nomme aussi précédent. La notion de précédent répond au besoin d'une certaine permanence dans le droit. En l'absence d'un droit légiféré, les juges de common law ne se sont donné des règles de validité du droit crée par eux".

suficiente que o executivo o faça, o qual, no sistema parlamentar inglês, é constituído pela rainha ou seu representante (o chefe do governo ou o comandante geral), bem como o primeiro ministro e os ministros de seu gabinete que constituem o conselho privado.¹⁰¹

Contudo, segundo os autores, é preciso distinguir as culturas do contencioso características dos Estados-Unidos e aquela do Reino-Unido, esclarecendo que no primeiro, muitos problemas são resolvidos perante os tribunais, enquanto no segundo existe bastante desconfiança no tocante ao debate judicial. Nos Estados Unidos, qualquer conflito pode terminar em um processo, em face da valorização do contencioso, o que levou a um índice elevado de judicialização da sociedade, a ponto de chegar a uma verdadeira obsessão por parte dos americanos, pois qualquer conflito termina em um processo, mas isso não afasta a confiança que o povo tem em seu sistema jurídico. Daí decorre, segundo se extrai do pensamento de Garapon, o alto grau de judicialização do maior Estado de *common law*, onde o menor problema pode acabar gerando uma indenização, o que não ocorre no Reino Unido, onde existe uma certa desconfiança com relação ao judiciário, e a sociedade prefere o consenso ao contencioso.¹⁰²

¹⁰¹ POIRIER, Donald; DEBRUCHE, Anne-Françoise. **Introduction Générale à la Common Law**. 2005. p. 128-9. "Mentionnons aussi que même lorsque certains domaines du droit soient codifiés, les juristes de common law les considèrent incertains tant et aussi longtemps que ces lois n'ont pas reçu d'interprétation judiciaire. Malgré l'importance quantitative des nombreuses lois adoptées par les pays de common law, l'importance qui leur accordent les pays civilistes, les juristes de common law considèrent traditionnellement les lois comme complémentaires aux règles énoncées par les tribunaux judiciaires de common law et rarement comme des codes qui reformuleraient les règles de common law. Par le biais des règles d'interprétation, les juges de common law sont du reste en mesure de contrôler de champ d'application des lois au lieu de les interpréter comme un ensemble de règles auto-suffisant. "Puisqu'il est suffisant, le législateur peut conférer à d'autres le pouvoir de légiférer. Ce pouvoir délégué limité par la loi est de plus en plus utilisé, surtout sur la forme de règlements. Ceux-ci n'ont pas à être approuvés par le législateur. Il suffit qu'ils le soient par l'exécutif, lequel dans le système parlementaire anglais comprend la Reine ou son représentant (le gouverneur général ou le lieutenant-gouverneur en conseil) ainsi que le premier ministre et les ministres de son cabinet qui forment le Conseil privé. [...]". "L'interprétation du droit d'origine législative, représente une partie de moins en moins négligeable de ce qu'on appelle la jurisprudence. Il s'agit du produit de l'interprétation par les tribunaux des lois et règlements adoptés par le législateur. [...] À côté des sources de droit issues du législateur, des juges et d'autres personnes habilitées expressément à émettre des normes juridiques, la coutume (en common law) et les écrits doctrinaux (en droit civil) sont aussi une, dans une certaine mesure, considérées comme des sources de droit. [...]. Pour les juristes de common law, la coutume n'est généralement pas considérée comme une source du droit, sauf si elle existe depuis un temps immémorial, (c'est à dire avant 1189) et répond aux exigences suivantes: elle doit avoir perduré sans interruption, avoir été adoptée paisiblement, sans opposition ni contestation, ne pas être déraisonnable, contenir une règle précise, être générale en ce sens qu'elle s'applique à tous dans son ressort. De plus, dans la perspective positiviste classique, la coutume ne devient règle de droit que lorsqu'elle est reprise et reformulée dans une décision judiciaire".

¹⁰² GARAPON, A.; PAPAOULOS, I.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008.

Destaca ainda Garapon, que a *civil law*, mais racional, acaba sendo menos pragmática e se vê ameaçada pela ineficácia, em face de sua notória abstração, e por se codificada, pode também ser mais facilmente traduzida, ao contrário da *common law*, que por ser originária do costume e fortemente ligada a uma língua, tem dificuldades em ser exportada, da mesma forma que a jurisprudência também não esbarra nessa dificuldade, o que não acontece em se tratando de um código.¹⁰³

A *common law* acredita na manifestação espontânea da verdade judiciária não por meio das instâncias externas do direito (políticas, teológicas, sociais), mas através do sistema das regras internas ao direito. [...]. Em *common law* a matéria prima para a máquina produzir verdade é fornecida pelos próprios autores, por meio de suas visões de mundo, de suas concepções do bem e de suas versões da história. Ela é posta em movimento por uma ação individual que o direito deve autorizar, ou melhor, que ele deve tornar produtiva. No outro modelo, ao contrário, o grande ator, o único verdadeiramente legítimo é o ator coletivo, a instituição, ou seja, o Estado.

Acentua Garapon, que no sistema de *common law*, o direito está inicialmente na consciência de cada um e na regularidade das práticas sociais, ou seja, ele é inseparável da vida, o que se percebe nas práticas jurídicas, como a regra do precedente. O direito na *common law* se vale das tradições e da história para adequá-los a um novo caso, e apesar da rigidez das regras, ele consegue se readaptar à realidade, graças ao pragmatismo que lhe é peculiar, bem por isso, a cultura americana não teme os litígios.¹⁰⁴

Para o autor, outros traços diferem as duas culturas do mundo jurídico ocidental:

Um dos traços da cultura jurídica norte-americana é a fragmentação do poder. Nos Estados-Unidos, com efeito, não há poder que não tenha se originado de um contra-poder, segundo a célebre ideia dos Checks and Balances. Aliás, trata-se menos de uma filosofia do que de uma atitude se integrando mais ou menos dentro de um sistema de ideias coerentes que procedem de uma relação espontânea de poder. Não se pode estar mais distante da realidade francesa, que, ao contrário, se caracteriza pela mistura de poderes. Esse traço cultural é encontrado em todo o sistema jurídico francês: no estatuto muito peculiar do Conselho de Estado, que às vezes exerce a jurisdição, às vezes serve de conselheiro ao Estado, onde homens políticos e altos funcionários passam de uma função à outra silenciosamente, tal qual o juiz que preside a audiência e depois julga, ou como o magistrado do parquet e o de "siège", que participam da mesma

¹⁰³ GARAPON, A.; PAPAOULOS. I.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008.

¹⁰⁴ GARAPON, A.; PAPAOULOS. I.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008.

escola. E muitas vezes, funções diferentes e até contraditórias se concentram nas mãos de uma mesma pessoa ou de uma instituição. Quando se trata de uma instituição única, se diz que é uma exceção, quando a situação se apresenta de forma regular, trata-se de um traço cultural. O Estado francês surgiu como o emancipador de uma sociedade por vezes passiva e estagnada, outras vezes revolucionária e autoritária, diversamente da tradição liberal anglo-saxônica, mais centrada na proteção dos direitos do homem e na limitação dos poderes do Estado. Essa comparação foi se invertendo progressivamente: atualmente, é a sociedade civil internacionalizada que vai modificar o Estado.¹⁰⁵

Conclui Garapon, em consonância com os pontos destacados, que a globalização conduz à profissionalização do direito, que não mais permanece estanque dentro das fronteiras do Estado, que se enfraqueceram, exigindo novas estratégias políticas, jurídicas e comerciais, situação esta que acaba beneficiando mais a cultura de *common law*, por ser esta mais pragmática e se adaptar mais facilmente a novas situações, além de ser menos ligada ao Estado. O autor afirma que a França já não tem por si só a massa crítica para rivalizar com o tamanho dos Estados Unidos. O mercado internacional dos serviços jurídicos, por sua vez, já não tem mais o perfil da época da colonização, exigindo a modernização da justiça.¹⁰⁶

Por conta disso, o autor entende que “a cultura jurídica mais racional”, oriunda do modelo da codificação característica do século XIX, vem perdendo campo para o direito costumeiro, estreitamente vinculado a uma cultura histórica e jurídica, destacando ainda a tendência manifestada no mundo ocidental, a uma maior

¹⁰⁵ POIRIER, Donald; DEBRUCHE, Anne-Françoise. Introduction Générale à la Common Law. 2005. p. 227-8. Un des traits de la culture juridique nord-américaine est la fragmentation du pouvoir. Aux États-Unis, en effet, il n'y a pas de pouvoir qui ne soit assorti d'un contre pouvoir, selon la célèbre idée des *Cheks and Balances*. D'ailleurs, il s'agit moins d'une philosophie que d'une attitude s'intégrant plus au moins dans un système d'idées cohérent mais procédant plutôt d'une relation spontanée du pouvoir. On ne peut pas être plus éloigné de l'attitude française qui est au contraire celle de la confusion des pouvoirs. On retrouve ce trait culturel de part en part du système juridique français: dans le statut si particulier de Conseil d'État, à la fois juridiction et conseil du gouvernement dans lequel d'ailleurs hommes politiques et hauts fonctionnaires passent de l'un à l'autre dans un silence quase-total de statut, dans le rôle dévolu au président d'audience qui à la foi préside et juge, dans l'institution du juge d'instruction qui instruit “à charge et à décharge” ou dans le statut de magistrat qui regroupe autant les magistrats du parquet que les juges du siège et qui sont issus de la même école. À chaque fois sont concentrés dans une même personne physique ou un même corps d'État des rôles non seulement différents, mais bien souvent contradictoires. S'il ne s'agissait que d'une institution isolée, on parlerait d'exception; quand il présente une telle régularité, il s'agit bien d'un caractère culturel. L'État est longtemps apparu en France comme l'émancipateur d'une société passive et rétive, à la fois révolutionnaire et autoritaire, à la différence de la tradition libérale anglo-saxonne plus centrée sur la protection des droits de l'individu et sur la limitation des pouvoirs de l'État. Ce rapport s'est progressivement inversé: aujourd'hui c'est au contraire la société civile, confrontée à une concurrence qui s'est internationalisée et intensifiée, qui va moderniser l'État.

¹⁰⁶ GARAPON, A.; PAPAOULOS, I.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008.

juridicidade do direito, o que vem transformando as “garantias processuais em direitos substanciais concretos e efetivos”.

E não se olvide que em decorrência da atual globalização das sociedades, os sistemas jurídicos de *common law* e de *civil law*, acabam influenciando um ao outro, sendo indiscutível que, sobretudo nos Países americanos, o sistema de *common law* vigente nos Estados Unidos, logrou influir, como no caso do Brasil, que inclusive acabou adotando, na Constituição de 1988, o controle de constitucionalidade norteamericano.¹⁰⁷

Segundo Ramos, a aproximação entre as duas grandes famílias do direito ocidental é unânime entre a maioria dos comparatistas.¹⁰⁸

Prossegue o mesmo autor:

Se o ativismo judicial, em uma noção preliminar, reporta-se a uma disfunção no exercício da função jurisdicional, em detrimento, notadamente, da função legislativa, a mencionada diferença de grau permite compreender porque nos ordenamentos filiados ao *common law* é muito mais difícil do que nos sistemas da família romano-germânica a caracterização do que seria uma atuação ativista da magistratura, a ser repelida em termos dogmáticos, em contraposição a uma atuação mais ousada, porém ainda dentro dos limites do juridicamente permitido. Com efeito, existe na família originária do direito anglo-saxônico uma proximidade bem maior entre a atuação do juiz e a do legislador no que tange à produção de normas jurídicas [...].

Não obstante, por vezes, nos sistemas de *common law* as decisões judiciais, para além da concretização do direito em situações fáticas determinadas, assumam a condição de ato veiculador de normas jurídicas balizadoras de condutas e de novos atos de aplicação, não há que se equiparar a função exercida pelos juízes e tribunais com aquela desempenhada pelo legislador, já que o móvel principal da atividade do Poder Judiciário é sempre a solução de um litígio, predominando, pois, a dimensão aplicativa ou executória sobre a criativa ou prescritiva. Tanto é assim que, mesmo nos casos em que há amplo espaço para a movimentação do juiz, por inexistir precedente aplicável ou por existir um texto legislativo vazio em linguagem da qual decorram conceitos amplos e indeterminados, não se comportam os órgãos de jurisdição como um autêntico legislador, tanto mais que estão compelidos, ao contrário deste, a justificar suas decisões, o que fazem lançando mão de argumentação técnico-jurídica [...].

¹⁰⁷ GARAPON, A.; PAPAPOULOS, I.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008.

¹⁰⁸ RAMOS, E.daS.. **Ativismo judicial**. 2013. p. 135.

Por último, há que se ter presente que o espírito do *common law*, de um direito criado, a partir de casos julgados, interfere na maneira dos juízes e tribunais considerarem o direito legislado. Desse modo, além do fato de que em diversos segmentos da vida social a regulação continua a ser essencialmente judiciária, pode-se afirmar que, tanto na Inglaterra como nos Estados-Unidos, as leis são plenamente integradas no direito apenas quando o seu alcance foi determinado por decisões judiciais, o que justifica a assertiva de Cappelletti de que, nos países da família anglo-saxônica, o direito legislativo é visto em certo sentido como fonte excepcional do direito.¹⁰⁹

Diante do exposto, resta compreensível porque nos sistemas de *common law* se adota uma conceituação ampla de ativismo judicial, que abarca desde o uso da interpretação teleológica, de sentido evolutivo ou a integração de lacunas em que o poder judiciário atua de forma juridicamente irrepreensível, até as situações em que os limites impostos pelo legislador são claramente ultrapassados, configurando-se, pois, desvio de função por parte do órgão jurisdicional. [...] o ativismo é elogiado por proporcionar a adaptação do direito diante de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas, em contraposição ao passivismo que, guiado pelo propósito de respeitar as opções do legislador ou dos precedentes passados, conduziria à estratificação dos padrões de conduta normativamente consagrados. Na medida extremamente ativa no processo de geração do direito, torna-se bem mais complexa a tarefa de buscar, no plano da dogmática jurídica, parâmetros que permitam identificar eventuais abusos da jurisdição em detrimento do Poder Legislativo.¹¹⁰

Finalizando este primeiro capítulo, cumpre referir, sintetizando o pensamento de Tassinari, que, levando em conta as similitudes e as diferenças entre o sistema estadunidense e o brasileiro, em termos de aproximação, o ativismo judicial surge como característica marcante a unir os dois países, porquanto o Brasil sem dúvida importou essa atividade jurisdicional daquele Estado. E quanto à principal diferença, está consignada na origem da tradição jurídica de cada um, respectivamente, *common law* e *civil law*.¹¹¹

¹⁰⁹ RAMOS, E. da S.. **Ativismo judicial**. 2013. p. 109.

¹¹⁰ RAMOS, E. da S.. **Ativismo judicial**. 2013. p. 110.

¹¹¹ TASSINARI, C. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. 2013.

CAPÍTULO 2

A IDEIA DE ATIVISMO JUDICIAL NA PERSPECTIVA DE ANTOINE GARAPON

2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A título de introdução, cumpre referir que o capítulo inicial teve como meta, estabelecer as diferenças que destacam os dois sistemas jurídicos conhecidos no mundo ocidental, a *common law* e a *civil law*, tecendo um apanhado histórico a respeito de tais institutos, e de que forma o ativismo judicial, originário dos Estados Unidos, ganhou força também em Países de *civil law*.

Por outro vértice, não há como se pensar em ativismo judicial, na forma proposta por Garapon, suas ideias, sem antes entender o funcionamento da justiça francesa hoje e desde o *Ancien Régime*, ainda que sucintamente, de acordo com a história do País e a evolução de sua justiça e do direito. Assim, para compreender o papel do juiz na atualidade, segundo Garapon, é preciso voltar no tempo, buscando, ao lado da justiça, a tradição jurídica que inspirou a história da nação francesa.

A história da França e sua evolução política fortemente centralizada no poder executivo detentor de todo o poder, revelam que o País, berço de tantos filósofos que lutaram pelos direitos humanos, pela independência e pelas liberdades individuais, não foi suficiente para mudar essa característica do Estado francês, no que diz e respeito à dependência do poder judiciário, com relação ao poder político.

Diante disso, é preciso reconhecer essa característica marcante do Estado francês para se entender a função do juiz na França, onde ele é uma autoridade atrelada ao Governo, ou seja, ao poder executivo, e com poderes e independência para decidir os conflitos, não sendo, contudo, um verdadeiro representante do poder judiciário, como a exemplo do Brasil, pois na França o juiz é considerado um funcionário público, uma autoridade. Na verdade, a justiça ganhou contornos de modelo administrativo, com a reforma de 1958 promovida pelo então presidente Charles De Gaulle. Mas quando o Estado Francês, mais recentemente, evoluiu para um novo estado de justiça, o juiz passou a ocupar o centro dessas transformações democráticas, que exigem hoje a construção de uma verdadeira oferta de justiça.

Disso decorre o movimento da judicialização da sociedade, pelo aumento do contencioso, essa tendência constatada a partir das últimas décadas, que fez do juiz o último árbitro da justiça e das questões até então jamais formuladas ao judiciário, pela necessidade quase infinita de justiça, constatada na sociedade. Assim, uma nova ideia surge na França, consagrando o juiz como o guardião das liberdades. E é justamente a partir dessa transformação profunda da democracia que é preciso reposicionar o juiz, acreditam os franceses.¹¹²

Invocando o passado, a França Medieval, assim como toda a Europa, estava sujeita à justiça de Deus inicialmente, e depois à do rei, o todo-poderoso soberano, que decidia a vida e a sorte de seus súditos, pessoalmente e através de seus juizes, sempre em nome de Deus, de quem provinha seu poder supremo, por força de um direito divino, superior ao dos homens, sendo suas decisões inapeláveis e sua palavra, a lei.

“Eleito de Deus como David, defensor da Cristandade como Carlos Magno, todo-poderoso como César, capaz de tudo conseguir como Alexandre o Grande, o rei francês era, além disso, considerado como possuidor de qualidades do corpo e do espírito, como o rei Arthur”, portanto um ser fora do comum, um intocável, capaz inclusive de operar milagres.¹¹³

Até o final do reinado de São Luís, o rei é aquele que tudo decide em sua corte, o que demonstra uma forte característica feudal, pois o rei decide sozinho, embora já existisse na época, um conselho que auxiliava o soberano, que nem sempre estava presente em todos os julgamentos e se fazia representar.¹¹⁴ São Luís IX, canonizado no final do século XIII, é considerado como o mais justo dentre os soberanos franceses, tendo exercido sua influência em toda a Europa, buscando sempre decidir os conflitos através da paz. Conversava pessoalmente com o povo, escutando a cada um, sentado sob um carvalho, em Vincennes, a fim de levar a justiça de forma imediata a seus súditos mais humildes, para quem procurava ser justo e bom. Nessa época, o juiz era ele próprio, um servidor de Deus, exercendo seu ofício, considerado também sagrado. Piedoso, mostrava-se a seus

¹¹² GARAPON, A.; PERDRIOLLE, S.; BERNABÉ, B.; KADRI, C.. **La Prudence Et L'autorité**. 2013.

¹¹³ GALLIMARD, Loirs. *Encyclopédies du Voyage*. **France Médiévale**, p. 74.

¹¹⁴ JACOB, Robert (sous la direction de). *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*. In: GARAPON, A. **La culture juridique française au choc de la “mondialisation”**. 1996.

contemporâneos como um modelo de príncipe cristão, que praticava uma política de acordo com suas convicções religiosas e de acordo com os desígnios divinos.¹¹⁵

Consta da literatura histórica, que São Luís faz parte do imaginário francês, como um soberano extremamente preocupado com sua conduta cristã, buscando cumprir os mandamentos da igreja católica acima de qualquer outro propósito, razão pela qual vivia num perene conflito entre ser um pecador e cumprir sua missão de servo de Deus e rei justo. “O rei de França é o ungido do Senhor, o protetor da paz, o defensor da Cristandade, o modelo de todas as virtudes. Sua palavra é a força da lei, sua justiça é suprema”.¹¹⁶

Este rei muito cristão e de direito divino... imperador de seu reino desde o século XIV. [...]. Isso significa que ele não deve prestar contas a nenhuma autoridade temporal aqui neste mundo, nem mesmo ao imperador do Sacro Império romano germânico, e se considera herdeiro dos imperadores romanos. Esse rei imperador em seu reino distribui justiça, mas a partir do século XVI ele se torna também um rei legislador, inclusive redigindo os hábitos e costumes, que até então eram orais, e também passa a reformar as leis.¹¹⁷

Com efeito, a história das relações entre justiça dos homens e justiça de Deus, sugere a distinção de dois períodos principais, que separam as práticas religiosas nos séculos XII e XIII, sendo que no primeiro a justiça divina se fazia presente no processo através das ordálias, sendo mais tarde substituído o “milagre”, pela decisão do juiz-soberano, que por sua vez, continuou ligado ao sagrado, sempre impregnado pela espiritualidade nos julgamentos, o que comprova a forte influência do cristianismo na justiça do mundo ocidental durante a idade média, tendo se prolongando pela idade moderna.¹¹⁸

Assim, a Idade Média caracterizou-se em grande parte pela predominância do clero (*curia regis*) no ápice da pirâmide social, ante a proeminência política e social da religião católica, através do Papado de Roma.

Mas se a relação com Deus permanece imutável, ela passa a ser delegada aos senhores feudais pelo rei, em nome de quem eles passaram a exercer o ofício

¹¹⁵ BÉLY, Lucien. **L'Histoire de France**. Paris: Éditions Jean-Paul Gisserot, 2006.

¹¹⁶ GALLIMARD, L.. *Encyclopédies du Voyage*. **France Médiévale**, p. 76.

¹¹⁷ LE GALL, Jean-Marie. **Une histoire personnelle de la France – L'Ancien Régime**. Paris: Presses Universitaires de France, 2013. p. 21-2. “Ce roi est très chrétien et de droit divin ... empereur de son royaume depuis le XIVe. [...]. Cela signifie qu'il n'a de compte à rendre ici-bas à aucune autorité temporelle, et surtout pas à l'empereur du Saint Empire romain germanique, qui se considère pourtant comme l'héritier de France (...). Ce roi empereur en son royaume rend donc la justice, mais on s'aperçoit qu'au cours du XVI siècle il devient aussi un roi législateur, faisant par exemple rédiger les coutumes législatifs”. Tradução de Denise Helena Schild de Oliveira

¹¹⁸ JACOB, Robert (sous la direction de). *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*. In: GARAPON, A. **La culture juridique française au choc de la “mondialisation”**. 1996. p. 44.

de julgar, sendo que esta função permaneceu inseparável da realeza que o juiz representava.¹¹⁹

O esboço de uma estatização: toda justiça emana do rei. Essa fórmula lapidar que proclamavam os legisladores ao tempo da realeza, no decorrer do século XIII, resumia uma dupla constatação. Primeiramente, ela anunciava um princípio que se tornou uma realidade cada vez mais tangível na época, além de legitimar o serviço público da justiça, que a Revolução Francesa vai herdar. Em segundo lugar, ela estabeleceu aquilo que a justiça real já buscava desde há muito, estabelecer sua superioridade sobre os tribunais laicos, fazendo concorrência com os eclesiásticos, que estavam em seu apogeu e sobre os quais ela somente vai triunfar no século XVI.¹²⁰

Segundo Garapon, poder e autoridade não se confundiam mesmo antes da teoria moderna da separação dos poderes, de modo que o rei podia ser julgado e contestado pelo corpo judiciário, cujo poder advinha de Deus, acima de tudo. Mas no modelo político clássico as duas funções – poder e autoridade – se confundiam no Estado, o que não ocorre atualmente, onde as sociedades democráticas estabelecem que ao juiz incumbe a função de legitimar a ação política. Então, de acordo com a teoria da separação dos poderes, as funções inerentes a cada um dos poderes do Estado devem ser equilibradas, para garantir a liberdade, só que o judiciário acaba sendo o ponto fraco da democracia, pois além de aplicar a lei criada pelo legislativo, ele exerce o controle sobre a constitucionalidade dessa mesma lei, o que leva a crer que a independência entre os poderes não existe na realidade, tanto que, “em todos os Estados que adotam a separação dos poderes, cada poder legisla, administra e julga”.¹²¹

“O veto do presidente americano é, evidentemente, um poder legislativo”, e as decisões da Suprema Corte acabam criando direitos. Dessa forma, o judiciário, nos Estados Unidos, também exerce função política.¹²²

¹¹⁹ SALAS, Denis. **La justice dévoyée**. Paris: Éditions des Arènes, 2012. p. 124.

¹²⁰ MÉTAIRIE, Guillaume. **La justice de proximité une approche historique**. Paris: Presses Universitaires de France, 2004. p. 32. “L’Ébauche d’une Étatisation: TOUTE JUSTICE ÉMANE DU ROI. Cette formule lapidaire, que proclamaient les légistes royales au cours du XIII résumait un double constat. D’abord, elle énonçait un principe qui devenait une réalité de plus en plus tangible à travers le royaume et légitimait dès son origine le service public de la justice dont hériterait la Révolution. Ensuite, elle prenait acte de ce que depuis quelques décennies déjà la justice royale – qui dévoilait lentement sa nature étatique – avait établi sa supériorité sur les tribunaux laïques, qu’ils fussent seigneuriaux ou municipaux, et concurrençait de plus en plus fermement les juridictions ecclésiastiques, encore à leur apogé et donc elle ne triomphera vraiment qu’au XVI e siècle”. Tradução de Denise Helena Schild de Oliveira.

¹²¹ GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 178.

¹²² GARAPON, A. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. 2001.

Mas pelo fato do ideal da paz ser indispensável à sobrevivência do maior número possível de pessoas, o poder se tornou o dever essencial para todo aquele que detinha o poder de comando e, via de consequência, pela necessidade de pacificação, às vezes coercitiva, os papéis de executivo e do judiciário, passaram às mãos do detentor do poder. [...]. Ao longo do século XI, poder e jurisdição não se cumulavam, de forma que o ato de julgar era considerado uma atividade mais do que um poder. Mas no século XII, o da dinastia dos Capetíngios, estes seguiam o modelo feudal, no qual o senhor (conde, duque, barão) exercia a justiça em nome do rei. [...]. Somente a partir do século XIII, a função de fazer a justiça surge como uma prerrogativa inerente ao poder político.¹²³

No século XI, ao contrário, época do fortalecimento inicial do poder estatal, o objetivo de pacificação ainda não logrou acertar o passo na missão judiciária”. [...]. Então prevalece uma dualidade nascida da oposição romana entre *império* e *jurisdição*: o poder se distingue claramente da jurisdição, cada um buscando seu objetivo próprio: garantir a paz ou anunciar a regra. O poder geral de comando do rei ou dos condes consistia em aplicar uma multa aos contraventores, reprimir os delitos em flagrante, usando da força se necessário fosse, a fim de assegurar o restabelecimento da paz social. Quanto aos demais: os homens livres, únicos e verdadeiros detentores da jurisdição e cuja presença formava a característica essencial de qualquer tribunal público, formavam assembleias para indicar as condutas a serem seguidas, a regra a observar e o direito a ser aplicado.¹²⁴

A Renascença francesa foi marcada pelo surgimento da Reforma Protestante, movimento religioso contrário ao catolicismo, deflagrado por Martin Luther, e que

¹²³ MÉTAIRIE, G.. **La justice de proximité une approche historique**. 2004. p. 29-30. “Parce que l’idéal de paix était indispensable à la survie du plus grand nombre, sa poursuite devint, non sans litige, un devoir essentiel pour tout détenteur du pouvoir de commandement, tandis que vinrent figurer parmi ses attributs les instruments parfois coercitifs de son accomplissement; et dans ce cadre général de pacification, se redistribuèrent lentement les rôles exécutif et justicier, au cours d’un enchaînement qu’il n’est peut-être pas inutile de récapituler. [...]. Au cours du XI^e siècle, le pouvoir se distinguait clairement de la juridiction: son détenteur, garant de la paix, ne faisait qu’encadrer le processus judiciaire qui se déroulait sous le regard vigilant car, héritier de la tradition carolingienne, il ne devait pas tolérer que l’on fit mauvaise justice en sa présence. Juger apparaissait alors moins comme une puissance que comme une tâche, dévolue aux hommes libres jugeant d’autres hommes libres dans une proximité naturelle entre égaux, entre pairs. [...] De plus en plus, la fonction justicière apparut comme une prérogative inhérente au pouvoir politique, débouchant au fil du Moyen Âge sur la ferme volonté, que partageaient les divers souverains occidentaux, de capter l’instrument judiciaire”. Tradução de Denise Helena Schild de Oliveira.

¹²⁴ MÉTAIRIE, G.. **La justice de proximité une approche historique**. 2004. p. 13-4. “Au XI^e siècle, au contraire, époque du raffermissement initial de la puissance étatique, il n’est pas certain que l’objectif de pacification n’ait amplement pris le pas sur la mission justicière. [...]. Alors prévalait une dualité issue de l’opposition romaine entre *imperium* et *jurisdictio*: le pouvoir se distinguait clairement de la juridiction, chacun poursuivant son but spécifique: garantir la paix ou énoncer la règle. Le pouvoir général de commandement (ou ban), que détenait le roi ou comtes, les fondait à infliger une amende aux contrevenants, à réprimer les délits flagrants, non sans recours éventuel à la force, afin d’assurer le retour à l’ordre social. D’autres: les hommes libres, seuls détenteurs véritables de la juridiction et dont la présence formait la caractéristique essentielle de tout tribunal public, assemblés en cour afin d’indiquer la conduite à suivre, la règle à observer ou le droit applicable en l’espèce”. Tradução de Denise Helena Schild de Oliveira.

provocou as Guerras de Religião, resultando no enfraquecimento de todas as monarquias europeias e não apenas da francesa. Apesar disso, a monarquia encontrou espaço para sacramentar obediência ao soberano que partilhava da mesma crença, o que ocorreu com maior intensidade na França do século XVII, com os cardeais.¹²⁵

Entretanto, as aspirações reformistas vão provocar divergências, sobretudo com relação à questão da liberdade e da dignidade humana. Na França, os católicos vão manifestar tamanha violência contra os protestantes e outros não católicos, por eles justificada como uma guerra “santificada”, envolvendo inúmeras famílias e linhagens aristocráticas da época e influenciando até mesmo na sucessão de Henri III.¹²⁶

Mas é sem dúvida o grande Louis XIV que detém um espaço à parte na memória francesa, não apenas em razão da longevidade de seu reinado, como também pelo patrimônio cultural que legou ao País; uma espécie de lenda negra, um rei absoluto e guerreiro, tirânico, perseguidor de protestantes e que oprimia seu povo com elevados impostos. Ficou conhecido como “rei-sol”. Buscou e obteve a glória para seu nome e para a França, bem como a glória de Deus, pois se intitulava herdeiro direto de Saint Louis. E o denominado “século das luzes” que consagrou a evolução do Antigo Regime, que bem por isso não pode ser considerado como um período de estagnação na história da França. Na época compreendida entre os reinados de François Ier e Louis XIV, a França conheceu a estabilidade em todos os sentidos e o desenvolvimento da arte e da cultura teve grande destaque.¹²⁷

No tocante à justiça, o século das Luzes também buscou reformar e melhorar a justiça, através de muitos escritos literários, onde a ordem do dia era tornar o direito mais claro e exato por meio de uma codificação das ordenanças reais, reduzindo a massa pletórica de servidores da justiça, com o estabelecimento de uma supervisão disciplinar eficaz, bem como a diminuição do número excessivo de tribunais inferiores.¹²⁸

¹²⁵ LE GALL, Jean-Marie. **Une histoire personnelle de la France**. 2013.

¹²⁶ LE GALL, Jean-Marie. **Une histoire personnelle de la France**. 2013.

¹²⁷ LE GALL, Jean-Marie. **Une histoire personnelle de la France**. 2013.

¹²⁸ MÉTAIRIE, G.. **La justice de proximité une approche historique**. 2004. p. 94. Comme l'époque contemporaine, le siècle de Lumières eut des vellétés récurrentes d'améliorations judiciaires, à travers maints écrits, où étaient une nouvelle fois mis à l'ordre du jour la clarification du droit par une codification des ordonnances royales, la réduction de la masse pléthorique des officiers de judicature, l'établissement d'une surveillance disciplinaire efficace à l'égard des tribunaux inférieurs, la diminution du nombre de degrés de juridiction. Tradução de Denise Helena Schild de Oliveira.

“No século XVIII, período de tensão entre o rei e o parlamento, surge a ideia de uma justiça concebida sob a forma de contra-poder”. No momento em que ela durante séculos sustentou a ascensão da realeza, passou depois a rivalizar com ela. A alta magistratura forjou a doutrina da “unidade dos parlamentos”, a fim de fazer oposição ao poder administrativo do reino. A realeza acreditava ser a única representante da justiça, tanto que aspirava representar menos o rei do que a nação. A reforma de Maupeou (1771) tentou sem sucesso quebrar esse entendimento. A Revolução Francesa foi feita contra o Antigo Regime, do qual o rei e o parlamento constituem o símbolo. O dogma do novo regime se resume na seguinte equação: “lei = vontade geral = direito”. Uma vez eleitos, os magistrados eram nomeados pelo poder político, conforme pretendia Maupeou. “O ingresso da magistratura no aparelho do Estado, no período napoleônico e até nossos dias, tal qual um “exército de oficiais”, segundo a lição de Jean Foyer, selou o destino da magistratura durante dois séculos”.¹²⁹

Mas a luta contra a intolerância religiosa na França perdurou através da literatura, onde se destacaram inúmeros filósofos, dentre eles, Voltaire, que não poupou palavras contra os desmandos da Igreja Católica, e cujas críticas são até hoje válidas, no que se refere à intolerância, pela atualidade do pensamento que atravessou os séculos, influenciando as culturas ocidentais.¹³⁰

Portanto, não há como ignorar os comentários de Antoine Garapon a respeito do escritor que lançou a semente da tolerância e do liberalismo no mundo ocidental, lutando, com suas críticas acirradas contra o preconceito e a intolerância religiosa que marcaram a atuação do catolicismo, desde a Idade Média e ao longo da Idade Moderna, com a máquina da Inquisição, e prosseguindo também pela Idade Contemporânea. O autor menciona que Voltaire combateu com vigor a intolerância

¹²⁹ SALAS, D.. **La justice dévoyée**. Paris: Éditions des Arènes, 2012. p. 125. Au XVIII siècle, siècle de tension entre le roi et les parlements, apparaît l'idée d'une justice conçue comme un contre-pouvoir. Alors qu'elle a soutenu au long des siècles l'ascension de la royauté, voilà qu'elle rivalise avec elle. La haute magistrature a forgé la doctrine de "l'unité des parlements" pour opposer son corps unifié à la puissante administration du royaume. Elle se pense comme le seul siège de la justice, tant elle aspire à représenter moins le roi que la nation. La réforme de Maupeou (1771) tentera une première fois sans succès de casser ce bloc. La Révolution Française se fera contre l'Ancien Régime, dont le roi et les parlements sont le symbole. Le dogme du nouveau régime se résume dans l'équation "loi= volonté générale = droit". Un temps élus, les magistrats seront nommés par le pouvoir politique comme le voulait Maupeou. L'Entrée de la magistrature dans l'appareil de l'État, à l'époque napoléonienne et jusqu'à nos jours, telle une "armée d'officiers", selon le mot de Jean Foyer, a scellé le destin de celle-ci pendant deux siècles. Tradução de Denise Helena Schild de Oliveira

¹³⁰ VOLTAIRE, François-Marie A.. **Traité sur la Tolérance**. Paris: Éditions Gallimard, 1975.

não apenas religiosa, mas em todos os aspectos, bem como os erros judiciários, decorrentes de julgamentos injustos e parciais procedidos pela terrível máquina judiciária do Antigo Regime. Tanto é que estudou a teoria jurídica e Beccaria, a fim de melhor entender o funcionamento judiciário irracional e desumano da época, que consagrou o procedimento inquisitivo, caracterizado pela tortura e pelos suplícios.¹³¹

Segundo Garapon, a herança deixada por Voltaire não se apagará, mas a influência antijurídica e esquerdista do período robespierrista de 1793, também irá marcar por muito tempo a inteligência francesa.¹³²

Era como se fazia a justiça na França, desde o Antigo Regime, até a Revolução Francesa de 1789, com a Queda da Bastilha, símbolo do absolutismo no País. Nesse período, o juiz passa a ter uma competência lhe concedida pelo monarca. Então, sob a monarquia absoluta, a função dos juízes será de moderar o poder real, sem evitar os conflitos.¹³³

Porém aos poucos, uma laicização das instituições e do direito se fez nascer na França, por força do fim do Absolutismo, passando o juiz a ocupar seu espaço de maneira mais autônoma, através da codificação então existente, quando a lei passa a ser a fonte por excelência do direito e da justiça, a qual deve ser seguida de forma absoluta. Na verdade, o julgador passa a ser considerado como “a boca da lei”, conforme dizia Montesquieu, sem a menor possibilidade de analisar os fatos de acordo com sua consciência, cabendo-lhe apenas aplicar a lei ao caso concreto. É o liberalismo trazendo uma nova forma de justiça.¹³⁴

Mas a justiça institucional na França, almejada desde o século XIII, até o século XVIII, se retraiu de maneira pertinente em face da constatação de uma distância cada vez maior em relação às pretensões do poder político, e sempre combatida ao longo do tempo, situação esta que foi herdada pela justiça contemporânea.¹³⁵

¹³¹ GARAPON, A. **Les Juges un pouvoir irresponsable?** 2003.

¹³² GARAPON, A. **Les Juges un pouvoir irresponsable?** 2003.

¹³³ SALAS, D.. **La justice dévoyée**. 2012. p.124. Sous la monarchie absolue, la fonction des juges sera de modérer le pouvoir royal, sans éviter les conflits. Tradução Denise Helena Schild de Oliveira.

¹³⁴ SALAS, D.. **La justice dévoyée**. 2012.

¹³⁵ MÉTAIRIE, G.. **La justice de proximité une approche historique**. 2004. p. 32. “C’est pourquoi l’établissement de la justice institutionnelle en France, poursuivie du XIII au XVIII e siècle, se retrace sans doute avec plus de pertinence sous cet angle particulier: l’instauration d’une distance contraire aux vœux du pouvoir, par ailleurs contesté des usagers, toujours vainement combattue, et dont héritera en partie notre justice contemporaine”. Tradução de Denise Helena Schild de Oliveira

Contudo, o direito somente adquire sua verdadeira importância na França, bem como também as profissões jurídicas passam a ser distintas e organizadas, no começo do século XIX, por força dessa inspiração liberal, que fez dessa Nação o país da diplomacia e da cultura. Essa mudança adveio a partir de 1848, com a abdicação de Luís Philippe, quando o direito e a lei passam a ser valorizados na sociedade, fazendo renascer o espírito do direito francês, que se torna uma fonte inesgotável de inspiração liberal, assim como a jurisprudência como resultado das novas técnicas jurídicas concebidas pelos estudiosos, passa a ser reconhecida como fonte do direito ao lado da lei.¹³⁶

Após a Segunda Grande Guerra, a chamada época de Vichy, o mito do juiz “boca da lei cai por terra, por força de uma verdadeira “depuração” da magistratura ocorrida em 1944, através de uma revolução silenciosa no país do legicentrismo, onde ninguém mais pode se esconder atrás dessa obediência às leis. O ato de julgar é um ato político que responsabiliza seu autor. O servidor da lei não pode mais disso se valer. E ele deve responder por essa liberdade de julgar. Essa responsabilidade do juiz é a chave dessa aproximação, pois ela quebra uma cultura de disciplina hierárquica e de submissão à lei. A submissão à legalidade deixa de ser algo intangível e o dever de obediência à hierarquia vai ser compensada por um *dever de resistência*.¹³⁷

Mas para Salas¹³⁸,

[...] esse tipo de debate surgiu tardiamente na França, onde foi preciso aguardar que a esquerda chegasse ao poder em 1981, para que um juiz pudesse ignorar a lei em detrimento da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, e 2008, para que fosse instaurada a questão prioritária da constitucionalidade da lei. Dessa forma, surgiu a possibilidade de um questionamento crítico da lei por uma instância que possa buscar o direito contra a lei, para responder à demanda da sociedade. [...]

De acordo com o entendimento do autor francês, a tradição francesa, acaba afastando o juiz do direito normativo criado pela política, pois ele não participa do debate democrático, sob pena de usurpar os poderes legitimamente eleitos, como

¹³⁶ SALAS, D.. **La justice dévoyée**. 2012.

¹³⁷ SALAS, D.. **La justice dévoyée**. 2012.

¹³⁸ SALAS, D.. **La justice dévoyée**. 2012. p. 133-35. Ce type de débat n’a eu lieu que très tardivement en France. Il fallut attendre que la gauche arrive au pouvoir en 1981 pour qu’un juge puisse écarter une loi au nom de la Convention européenne des droits de l’homme [...], et 2008 pour que soit instaurée la question prioritaire de constitutionnalité. Ainsi est instituée la possibilité d’un questionnement critique de la loi par une instance qui peut, à la demande des citoyens, mobiliser les droits contre la loi. [...]”. Tradução de Denise Helena Schild de Oliveira

ocorreu com as Comissões Disciplinares da Libertação, que julgaram os juízes que teriam participado das sessões especiais do regime Vichy, decidindo pela quebra do segredo das decisões, na verdade, quebrando um tabu. Entende o autor que, apesar de seu juramento, um juiz não pode mais se esconder atrás de uma lei imperfeita, tendo ele autonomia e independência para dizer o direito, uma vez imbuído de legitimidade para tanto, já que conhece a sociedade onde atua e o modo como ela se relaciona com a liberdade, com os costumes, o momento histórico e as conjunturas políticas do momento.¹³⁹

A V República ainda embalada pelo espírito monarquista trazido pelo “Gaulisme”, mantém a legitimidade da magistratura atrelada ao poder executivo e ao Presidente da República o encargo de zelar pela independência da justiça.¹⁴⁰

Mas, sobretudo, após a segunda metade do século XX, grandes mudanças se operam na França, assim como no mundo, diante do anseio da sociedade de se renovar, seguindo a evolução da própria democracia, que precisa encontrar no direito e na justiça, os meios para enfrentar a globalização acelerada que invadiu todos os aspectos da vida moderna nos últimos anos, trazendo consequências para a política, para a economia, a cultura, os costumes, as relações entre as nações e entre os povos. Ninguém mais consegue escapar dessas influências, o que acaba gerando o surgimento de novos direitos e, via de consequência, a justiça também precisa vestir-se de novas roupagens, para acompanhar a democracia, pois sem aquela, esta não se mantém.¹⁴¹

“No período entre os anos de 1990-2000, a vontade de independência dos juízes torna-se evidente e compreensível, pois a justiça não mais quer prestar contas ao poder político, mas os juízes raramente saíram vitoriosos nessa luta contra os políticos”.¹⁴²

A verdade é que na França, alerta Garapon, o poder executivo sempre foi o principal ator da cena política, detentor do poder, não deixando lugar para o juiz,

¹³⁹ SALAS, D.. **La justice dévoyée**. 2012.

¹⁴⁰ GARAPON, A.. **Les Juges un pouvoir irresponsable?** 2003. p. 59.

¹⁴¹ GARAPON, A.. **Les Juges un pouvoir irresponsable?** 2003.

¹⁴² INCHAUSPÉ, Mme Dominique. **L’Intellectuel Fourvoyé Voltaire et l’Affaire Sirven**. Paris: Éditions Albin Michel S.A., 2004. p. 167-68. Disponível em: <<http://www.albin-michel.fr>>. Acesso em: 30 out. 2013. “Dans la France des années 1990-2000, la volonté d’indépendance des juges d’instruction est plus logique. Le discours officiel veut que la justice ne rende aucun compte au pouvoir politique.[...] Les juges sont rarement chanceux dans leur lutte contre les politiques”. Tradução de Denise Helena Schild de Oliveira

conclui Garapon, ao mesmo tempo em que questiona por que razão perdura essa desconfiança com relação ao judiciário, que ao contrário dos demais poderes que são eleitos, tem natureza diversa, sendo na verdade o ramo menos perigoso do Estado, por não dispor nem de bolsa nem de espada.¹⁴³

2.2 ATIVISMO JUDICIAL NO PENSAMENTO DE ANTOINE GARAPON

Garapon (2004) ao debater a questão do ativismo judicial, esclarece que o aumento vertiginoso da busca pela justiça na sociedade atual, constitui um dos fatores políticos mais importantes do final do século XX, constatando que nada mais escapa ao controle do poder judiciário, numa verdadeira judicialização de conflitos a envolver todos os setores da sociedade, de modo que o juiz se tornou um verdadeiro árbitro dos costumes e da moralidade, o guardião das promessas chamado a decidir quaisquer conflitos. O contencioso não parou de se expandir, obrigando a justiça a encontrar uma forma de pacificação social que nem sempre está ao seu alcance, tornando o juiz uma espécie de remédio para todos os males e de todas as relações, deixando um magistrado atônito diante desse novo papel, para o qual ele não estava preparado. Para o autor, essa avalanche que atingiu o judiciário é o resultado da mutação do Estado-provedor, o qual, enfraquecido e desgastado, sem lograr êxito nas propostas e promessas feitas, acabou levando o indivíduo a procurar no judiciário a solução para todos os seus conflitos e angústias.

Disso decorreu, sem dúvida, o aumento do poder da justiça, impulsionando o juiz a buscar, ele também, um novo significado para a sua atuação, nessa nova cena onde o direito passou a ser o principal protagonista, daí decorrendo o fenômeno do ativismo judicial.¹⁴⁴

¹⁴³ GARAPON, A.. **Les Juges un pouvoir irresponsable?** 2003. p. 60-1. “Mais au demeurant il faut remarquer qu’ en France c’est toujours le pouvoir exécutif qui a été le tout puissant acteur dans la scène politique, ne laissant pas la place pour le juge. Voici la conclusion de AG, dans son oeuvre “Les Juges, un pouvoir irresponsable?” “Il convient encore apporter la critique de l’auteur dans le même ouvrage: “Faut-il pourtant indéfiniment déplorer la faible légitimité de la justice? **N’est-ce pas raisonner par simple analogie avec des pouvoirs légitimes parce qu’ élus?** Le pouvoir judiciaire est d’une autre nature. Il y a bien longtemps que les pères fondateurs de la Constitution américaine parlent de la justice comme “la branche la moins dangereuse de l’État car elle n’a ni la bourse, ni l’épée”. Tradução de Denise Helena Schild de Oliveira

¹⁴⁴ GARAPON, A.. **O juiz e a democracia:** o guardião das promessas. 2001.

E mais do que isso, o autor entende que em decorrência dessa judicialização, a justiça atingiu o mesmo patamar da democracia, fazendo com todos passassem a ter alcance ao processo, o que resultou em contradições inevitáveis, pois com o aumento da demanda e a obrigatoriedade para o juiz de responder não apenas com qualidade, mas também em quantidade, acabou exigindo que do julgador, mais do que apenas julgar, também a exercer também o papel de administrador da máquina judiciária e dos meios de justiça de que dispõe o Estado. Diante disso, a resposta a essa judicialização da sociedade, segundo Garapon¹⁴⁵, foi a democratização da justiça.

Dessa forma, a justiça acabou sendo o remédio para apaziguar o sofrimento e todos os problemas do homem moderno, de todas as ordens, e para responder de forma satisfatória a essa demanda, o juiz, conseqüentemente, se vê obrigado a novas funções para as quais ele precisa se adaptar advindas ao longo do século XX, e que o autor denomina de magistratura do indivíduo, numa sociedade pluralista, que elegeu a justiça como o último baluarte na busca de soluções para todo e qualquer aspecto da vida privada, sendo o juiz, portanto, o último “guardião de promessas”, pois tudo passa a ser transferido ao poder judiciário.

Contudo, adverte que esse exagerado entusiasmo pela justiça, pode conduzir a um impasse, voltando-se contra a própria justiça, pois a invocação indiscriminada de direitos tem como efeito, submeter ao controle judicial todos os aspectos da vida privada, o que não é salutar no entendimento do autor, pois acaba privando o indivíduo de exercer ele próprio o controle sobre suas escolhas e sua liberdade. O juiz então, se vê perplexo em face desse aumento de seu poder, decorrente, na verdade, do ideal democrático enfraquecido, e que ele não tem como resolver sozinho, e a sociedade democrática, por sua vez, não mais consegue administrar-se a si mesma.

E destaca, por outro lado, que o acentuado individualismo caracterizador da vida atual, também contribuir para que a e a justiça fosse eleita para ser a solução de todos os problemas da sociedade, numa explosão de demandas que o judiciário não tem como acolher e solucionar.

Reforçando seu posicionamento, adverte, porém, Garapon, que essa realidade precisa ser repensada, levando-se em conta que a jurisdição não pode

¹⁴⁵ GARAPON, A.; PERDRIOLLE, S.; BERNABÉ, B.; KADRI, C.. **La Prudence Et L'autorité**. 2013.

mais ser monopólio do judiciário, e que a desjudicialização de conflitos se impõe diante da constatada impotência do sistema judicial, que não mais consegue responder de forma eficaz aos conflitos, levando o juiz a se responsabilizar por uma instância política, da qual ele deveria ser mero garantidor, e acaba por ser o pacificador das relações sociais. E acentua que a democracia se transforma através do direito e que ambos os modelos anteriores – o direito formal do Estado Liberal, direito material do Estado Providência – estão falidos, e um novo modelo de direito e de democracia estão surgindo. Portanto, estamos diante de um momento único na história da justiça e de uma virada da democracia, e para melhor compreender isso, é preciso dialogar com o outro grande sistema jurídico, de *common law*.¹⁴⁶

Em face de tais constatações, o autor convida a um reexame sobre a posição da justiça numa nova democracia que deve se renovar através do direito, em busca da justiça, objetivo universal e aspiração social inesgotável.¹⁴⁷

E arremata Garapon¹⁴⁸:

A democracia encontra sua unidade e sua permanência nessa busca perpétua dela mesma, em nome do direito, na eterna procura de seu equilíbrio e no reconhecimento de uma finitude [...]. Essa reviravolta no sentido da democracia do Estado, em direção ao direito e à justiça significa ao fim do sonho de uma unidade e no reconhecimento da necessidade de divisão. É compreensível que para a França seja demasiado difícil a aceitação dessa entrada em cena da justiça, pois o Estado francês sempre se caracterizou por uma unidade política e uma centralização do poder.

E, prossegue afirmando que a cooperação entre os diferentes atores da democracia não é mais assegurada pelo Estado, mas pelo direito, que se coloca, assim, como a nova linguagem política na qual são formuladas as reivindicações políticas. A justiça torna-se um espaço de exigibilidade da democracia. Ela oferece potencialmente a todos os cidadãos a capacidade de interpelar seus governantes. O cidadão pretende decidir seu próprio destino, sem se envolver em luta coletiva, pois ele quer ficar em pé de igualdade com o Estado. A justiça, que se torna prioritária,

¹⁴⁶ GARAPON, A.. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. 2001.

¹⁴⁷ GARAPON, A.. **Le gardien des promesses justice et démocratie**. 1996.

¹⁴⁸ GARAPON, Antoine. **Le gardien des promesses justice et démocratie**. Paris: Éditions Odile Jacob, 1996. p. 48-9. "La démocratie trouve son unité et sa permanence dans cette quête perpétuelle d'elle-même au nom du droit, dans cette recherche infinie de son équilibre et dans la reconnaissance de la finitude. Un tel basculement du foyer du sens de la démocratie de l'État vers le droit et la justice correspond à la fin du rêve de l'unité et la reconnaissance de la division. On comprend la difficulté particulière que l'entrée en scène de la justice pose à la France dans laquelle l'unité politique s'est faite autour de l'impartialité de l'État [...]". tradução de Denise Helena Schild de Oliveira

parece oferecer a possibilidade de uma ação mais individual. Assim, nessa nova forma, a dimensão coletiva do político desaparece, e com essa forma mais direta da democracia, o cidadão-suplicante tem a impressão de melhor controlar sua representação, daí a preferência atual pela mediação, negociação ou conciliação, que são, na verdade, o reverso do processo.¹⁴⁹

Portanto, o autor reconhece que essa inversão de posições entre a justiça e o Estado traz consequências pesadas, pois a democracia é obrigada a se transformar constantemente, condenando o direito positivo a um *deficit* permanente e elegendo a justiça como ideal da vida em sociedade. Logo, esse panorama democrático pressupõe ainda outros perigos, pois o excesso de direito pode alterar a democracia, o excesso de defesa, paralisar qualquer tomada de decisão e o excesso de garantias pode mergulhar a justiça numa espécie de adiamento interminável. Na verdade, a justiça não pode substituir a política, sob pena de abrir caminho para a tirania das minorias, até para uma possível crise identitária. O mau uso do direito é tão ameaçador para a democracia, quanto a falta do próprio direito, adverte Garapon, acentuando que uma nova democracia se impõe, porém não uma democracia jurídica, que tende a implodir, sem contar que o aumento indiscriminado de direitos buscados pela sociedade leva à perda da noção do próprio direito.¹⁵⁰

E diante desse quadro, adverte que a desjudicialização dos conflitos é medida que se impõe, porquanto a jurisdição não pode mais ficar à mercê do judiciário, e que essa realidade precisa ser repensada, levando-se em conta que a evidente impotência do sistema judicial não tem mais condições de resolver os conflitos de maneira eficaz, porquanto o juiz está sendo obrigado a se responsabilizar por uma instância política, da qual ele deveria ser mero garantidor, mas acaba se tornando, por conta dessa atuação, o verdadeiro pacificador das relações sociais, razão pela qual, a realidade precisa ser repensada, segundo entende o autor, mas de uma maneira tal que os valores democráticos não venham a ser ameaçados, o que não é fácil diante da situação atualmente sedimentada. E o juiz assim atingido por essa mudança, passa a ter outra visão do mundo em direção a um Estado de justiça que deve se abrir em todas as direções, a fim de cumprir sua função mais importante, que é de colocar o indivíduo no centro de gravidade da democracia.¹⁵¹

¹⁴⁹ GARAPON, A.. **Le gardien des promesses justice et democratie**. 1996.

¹⁵⁰ GARAPON, A.. **Le gardien des promesses justice et democratie**. 1996.

¹⁵¹ GARAPON, A.. **Le gardien des promesses justice et democratie**. 1996.

Nessa esteira, destaca:

[...] o espaço simbólico da democracia emigra silenciosamente do Estado para a justiça. Em um sistema provedor, o Estado é todo-poderoso e pode tudo preencher, corrigir, tudo suprir. Por isso, diante de suas falhas, a esperança se volta para a justiça. É então nele, e portanto fora do Estado, que se busca a consagração da ação política. O sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causada pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público. A posição de um terceiro imparcial compensa o *deficit democrático* de uma decisão política, agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos. O juiz é chamado a socorrer uma democracia na qual “um legislativo e um executivo enfraquecidos, obcecados por fracassos eleitorais contínuos, ocupados apenas com questões de curto prazo, reféns do receio e seduzidos pela mídia, esforçam-se em governar, no dia a dia, cidadãos indiferentes e exigentes, preocupados com suas vidas particulares, mas esperando do político aquilo que ele não sabe dar: uma moral, um grande projeto”.¹⁵²

Mas para Garapon, não há como separar a justiça da política, pois ambas acabam se entrelaçando, uma vez que a primeira torna legítima uma decisão estabelecida pela segunda dentro de um regime político totalitário, por exemplo, o que faz com que direito e justiça se tornem antagônicos, uma vez que a lei deve ser cumprida, enquanto a justiça permanece como resultado da força. E diante disso, onde posicionar o juiz? De que forma ele vai decidir os conflitos num regime totalitário, por exemplo? Seu dever é controlar a violência estabelecendo a ordem ou fazer justiça contra a lei? Ele pode limitar essa violência diante da lei que acaba engessando o tempo? Para ele, o juiz é sempre um conservador dentro da democracia e da ordem social, um verdadeiro sacerdote, depositário de uma autoridade que não lhe pertence e sim a um poder superior, de ordem sagrada. E o poder judiciário francês é frágil, de acordo com a tradição histórica constitucional francesa.¹⁵³

Citando Jaume¹⁵⁴, adverte Garapon que,

[...] o espírito monárquico da V República (monarquia sublimada) aspira ao restabelecimento de uma função governamental unificada e separada do parlamento [...]. O que significa ausência de poder judiciário ou jurisdicional numa V República onde a legitimidade do juiz advém do executivo, o presidente é o garantidor da independência da justiça.

¹⁵² GARAPON, A.. **Le gardien des promesses justice et démocratie**. 1996. p. 48

¹⁵³ GARAPON, A.. **Le gardien des promesses justice et démocratie**. 1996.

¹⁵⁴ JAUME, L. **La réhabilitation de la fonction gouvernementale de la Ve République**. Esprit, janvier, 2002, p. 96.

E no que se refere a essa “judicialização da política”, Garapon apresenta três concepções distintas:

Não é possível pensar nas diversas missões do juiz, fora da política. Se a fraca visão clássica advinda do postulado da separação radical entre a lei, fruto de uma elaboração política, e de um ato judicial reduzido a uma simples operação lógica, qual a representação mais adequada para compreender o papel atual do juiz? Para responder a essa questão, é preciso partir desse movimento que se denomina *judicialização*, e que abrange três fenômenos distintos, mas convergentes. A judicialização entendida em *stricto sensu* designa a tendência constatada nas últimas décadas, [...] que fez do juiz uma figura o árbitro de questões que até então eram autônomas.

A segunda concepção indica o aumento quantitativo do contencioso.

Uma terceira concepção do termo designa a expansão por todas as instâncias governamentais dessa judicialização, fazendo com que inúmeras instituições administrativas funcionem como jurisdições.

Acentua o autor, que essa judicialização assinala uma crise buscando mudanças, pelo desgaste de uma maneira de regular a vida em sociedade, o que não significa nenhuma vitória para os juízes, mas vê na justiça o novo cenário da democracia [...].

Ademais, reforça que a evolução da sociedade democrática conduz a um plano que se identifica com a justiça, sem dúvida. [...]. Trata-se de uma concepção nova, especialmente na França, que consagra o juiz como o guardião das liberdades, exigindo que ele seja reposicionado nessa democracia, o que não é fácil, pois essa evolução lhe impõe dois imperativos aparentemente contraditórios: responder à demanda de justiça em crescimento, com qualidade, enfrentado a dificuldade cada vez mais acentuada da falta de subsídios.¹⁵⁵

E querendo ou não, o fato é que a necessidade de justiça, esclarece Garapon, se choca com a míngua de recursos financeiros: eis mais uma contradição que a justiça deve resolver. É preciso buscar propostas para evitar uma crise ainda maior da justiça, e para isso o juiz também pode contribuir, uma vez que sua função não se resume mais a uma função meramente administrativa como antigamente,

¹⁵⁵ GARAPON, A.; PERDRIOLLE, S.; BERNABÉ, B.; KADRI, C.. **La Prudence Et L'autorité: L'office Du Juge Au Xxie Siècle**. 2013.

passando para um estágio de gestão, levando-se em conta que a economia se tornou o novo discurso da verdade.¹⁵⁶

Disso tudo se conclui que o autor coloca o direito acima do próprio Estado, e a justiça acima da democracia, já que esta é assegurada pelo próprio direito e através dele se renova.

A justiça não pode se colocar no lugar da política, do contrário, arrisca-se a abrir caminho para uma tirania das minorias, até mesmo para uma espécie de crise de identidade. Em resumo, o mau uso do direito é tão ameaçador para a democracia como seu pouco uso.¹⁵⁷

E destaca a respeito, de como a justiça e o direito passaram a desempenhar papéis relevantes no contexto social e democrático:

A justiça é objeto de uma súbita inversão de tendências; de secundária, ela se torna de repente prioritária. O direito era apenas a moral das relações frias, comerciais ou políticas; ele tende agora a tornar-se o princípio de toda a relação social. Nossos contemporâneos o invocam para árbitro de seus conflitos mais íntimos. Apesar de ter, no passado se limitado a sancionar os desvios de conduta, o juiz, hoje exerce um verdadeiro magistério sobre as pessoas mais frágeis. Outrora uma ameaça à dissolução dos laços sociais, o conflito se transforma agora, em oportunidade de socialização. A jurisdição passa a ser um modo normal de governo. Antes concebida de maneira negativa e punitiva, a justiça torna-se positiva e construtiva. Outrora parecendo expressar um certo atraso nos costumes, a instituição judiciária traz doravante esperanças de mudança. Considerada como instituída, vê-se agora como instituidora.¹⁵⁸

Garapon esclarece ainda, a respeito dessa busca do indivíduo quase infinita pela justiça nas sociedades democráticas de nossos dias, não deve contudo ceder à tentação irreal de responder a todas as demandas, pois a evolução em direção a um verdadeiro estado de justiça é um dos propósitos da nova democracia, que deve se voltar para o reconhecimento de direitos fundamentais referentes ao indivíduo, devendo então ele próprio conduzir sua vida e tomar as decisões que o concernem, sem se arvorar do judiciário para todos os seus problemas, para que a redefinição da liberdade se concretize. Então, o autor entende que estamos passando de um modelo democrático fundamentado na lei, para outro que passa a valorizar mais o

¹⁵⁶ GARAPON, A.; PERDRIOLLE, S.; BERNABÉ, B.; KADRI, C.. **La Prudence Et L'autorité: L'office Du Juge Au Xxe Siècle.** 2013.

¹⁵⁷ GARAPON, A.. **O juiz e a democracia:** o guardião das promessas. 1996. p. 53.

¹⁵⁸ GARAPON, A.. **O juiz e a democracia:** o guardião das promessas. 1996. p. 49.

consentimento e o acordo, levando o indivíduo a um papel mais ativo e menos passivo na sociedade.¹⁵⁹

De acordo com a concepção clássica do Estado Liberal, o juiz se limitava a julgar através da lei, sendo seu mero porta-voz e a ela se encontrava totalmente sujeito para decidir os conflitos, diversamente do que ocorre hoje, quando a complexidade do mundo exige que se busque algo a mais do que a lei, para a realização pela da justiça, que não pode se limitar à letra da lei.

A propósito, complementa Garapon¹⁶⁰:

Enquanto que, na concepção clássica, o juiz é sujeito à lei e só exerce seu direito de julgar através dela, ele tende, no presente, a elevar-se acima da lei para tornar-se diretamente o porta-voz do direito. Quando a justiça era apenas o braço armado do poder político ou dos costumes, dela só se esperava uma consagração: moralizar a repressão ou sancionar os costumes. Quando todos os sistemas de valores capitulam, quando o mundo comum se desagrega, quando o Estado se faz mais modesto, é para ela que nos voltamos, buscando corrigir essas faltas. O direito não é mais o instrumento de conservação social, porém de sua contestação: ele se coloca então como a fonte de uma sociedade que se constitui na busca de si mesma.

Destarte, essa acelerada expansão jurídica, nada mais é senão uma consequência da complexidade crescente da atual sociedade democrática, que não tem como gerir-se a si própria, provocando assim, o aumento do contencioso, com a explosão dos processos, o que também vem a ser na verdade um fenômeno muito mais social do que propriamente jurídico, fazendo do juiz aparece único recurso capaz de resolver essa demanda incontrolável. Dessa forma, a justiça se torna assunto polêmico, porquanto o direito e o justo passaram a despertar o interesse de todos, a derradeira solução de conflitos e o remédio para todos os males. Só que a sociedade, nessa busca descomedida, não se dá conta que isso pode gerar um impasse levando a justiça a prejudicar-se a si mesma, argumenta o autor.¹⁶¹

¹⁵⁹ GARAPON, A.; PERDRIOLLE, S.; BERNABÉ, B.; KADRI, C.. **La Prudence Et L'autorité: L'office Du Juge Au Xxie Siècle**. 2013.

¹⁶⁰ GARAPON, A.. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. 1996. p. 50.

¹⁶¹ GARAPON, A.. **Le gardien des promesses justice et démocratie**. 1996.

2.3 LUGAR E FUNÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO SEGUNDO ANTOINE GARAPON

Com relação aos limites do judiciário em uma democracia liberal, Garapon¹⁶² propõe que:

[...] a justiça deve evitar o perigo da democracia extrema de que fala Montesquieu. [...]. A justiça acaba com a lógica autodestrutiva do individualismo para transformar o indivíduo num sujeito de direito, pondera sobre a alternativa entre liberalismo selvagem e dirigismo, considerando a idéia de uma processualização do direito, e tempera os ardores dos juízes. Numa democracia desiludida, ela define o justo; destaca a norma comum numa democracia pluralista, encarna a autoridade numa democracia representativa.

O juiz, afirma Rousseau¹⁶³,

[...] não deve ter qualquer poder legislativo, nem executivo; mas por isso mesmo o seu poder é maior; pois apesar de não poder fazer nada, ele pode tudo impedir. Ele é mais sagrado e mais reverenciado como defensor das leis do que o príncipe que as executa e do que o soberano que as concede.

Não se duvida de que esse fenômeno do ativismo judicial vem atingindo as jurisdições da atualidade, fazendo com que a democracia, o direito e o próprio poder do Estado se vejam de repente, invadidos, e o juiz não tem como monopolizar nele o ato de julgar, não tendo como resolver todos os conflitos decorrentes dessa mudança da sociedade carente de justiça. O autor propõe então, que o juiz seja encarregado apenas das questões mais graves, deixando as demais para os novos procedimentos que envolvem a conciliação e a mediação, a ser procedida por pessoas preparadas para tais tarefas de dirimir os conflitos de massa. Porém, o problema é organizar tudo isso e dispor do orçamento necessário para incrementar essa estrutura. Mas a democracia tem que oferecer aos cidadãos novas formas de resolução de conflitos e que precisam ser legitimadas, pois o fato é que atualmente, qualquer atividade pode engendrar conflitos. É o que nos diz Garapon a respeito dessas novas aspirações do homem democrático.¹⁶⁴

A justiça não é mais considerada como uma mera representação do Estado, nem o juiz como um delegado dessa soberania. A justiça é considerada um

¹⁶² GARAPON, A.. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. 2001, p. 187.

¹⁶³ ROUSSEAU, J.J. **Du contract social**. Paris, Gallimard, 1964. p. 276.

¹⁶⁴ GARAPON, A.. **Le gardien des promesses justice et democratie**. 1996.

serviço, sendo o Estado um provedor desse serviço, o usuário um cliente e a decisão de justiça, um produto.¹⁶⁵

Sobre o tema da judicialização, é importante referir François Ost, que reitera o entendimento de Garapon, ao mencionar expressões como “governo dos juízes”, “república dos juízes”, “jurisprudencialização do direito”, ou ainda quando afirma que o juiz é um verdadeiro ministro dos sentidos.¹⁶⁶

E acentua o mesmo autor, que o estado-providência e intervencionista teve seu auge na metade dos anos setenta, quando o então juiz-empresário, apesar de ser um homem da lei, acabou se transformando num engenheiro social, passando a supervisionar as políticas públicas do Estado, a resolver as dificuldades da empresa falida, o que lhe rendeu o apelido de juiz Hércules, pelas realizações titanescas que o atrelaram ao modelo de Estado vigente à época.

Ost¹⁶⁷, menciona então o juiz Hermes, quando direito e Estado passaram a caminhar juntos e o Estado se tornou menos interventor que seu antecessor, o Estado - providência, deixando cada interessado buscar seu direito.

Cumpramos, do referido autor:

Sem dúvida, nos últimos dez anos, esse aumento do poder do juiz não cessou de se confirmar. [...]. Hermes encarna essa forma de poder invisível, difuso e coletivo que bem caracteriza o exercício da autoridade nesse trabalho. [...]. Por vezes isolado do mundo e conformado com sua autoridade, fazendo parte de um corpo hierarquizado, o juiz mantinha possessivamente essa separação, na qual ele visualizava sua independência. Guardião escrupuloso da separação dos poderes, árbitro passivo das querelas, na área cível evitando interferir nos contratos, ainda que para socorrer o devedor, o juiz cultivava sua fidelidade ao legislador. [...]. Mas esses tempos mudaram, e ainda que a hierarquia permaneça e inexista dúvida acerca de sua independência, essa inserção do juiz no quadro político [...] exige dele novas qualidades: imaginação, responsabilidade social, coragem política [...]. Mas como nessas condições evitar a insegurança jurídica, a guerra dos juízes, o governo dos juízes, a república dos juízes [...] como assumir explicitamente uma responsabilidade social e política sem renunciar à fidelidade à lei, à independência e à imparcialidade? Essas são as garantias hoje pretendidas pela magistratura.¹⁶⁸

¹⁶⁵ GARAPON, A.; PERDRIOLLE, S.; BERNABÉ, B.; KADRI, C.. **La Prudence Et L'autorité: L'office Du Juge Au XXe Siècle**. 2013. p.191. “La justice n'est plus considérée comme une représentation de l'État, ni le juge comme un délégué de sa souveraineté. La justice est considérée comme un service, l'état comme un pourvoyeur de service, le justiciable comme un client et la décision de justice comme un produit”. Tradução de Denise Helena Schild de Oliveira

¹⁶⁶ OST, François. **Dire le Droit, Faire Justice**. Paris: Brylant, 2007. p. 63.

¹⁶⁷ OST, François.. **Dire le Droit, Faire Justice**. 2007.

¹⁶⁸ OST, F.. **Dire le Droit, Faire Justice**. 2007. p. 106-7. “Sans doute, depuis dix ans, la montée en puissance du juge n'a cessé de se confirmer. [...]. Hermès incarne cette manière de pouvoir invisible, diffus et collectif qui caractérise bien l'exercice de l'autorité au coeur des réseaux. [...]. À la fois isolé du monde et conforté dans son autorité par cette appartenance à un grand corps

Diante desse contexto, retornando a Garapon¹⁶⁹, embora possa haver muitos entraves, e levando em conta também que a tradição francesa seja muito mais de seguir a lei, ainda assim, um novo modelo de sociedade democrática se impõe, mais adequada ao século XXI, compelindo o juiz a desempenhar novas funções na distribuição da justiça, ainda que para isso muitos problemas devam ser supridos. Para isso, o juiz também precisa buscar um novo horizonte de justiça, que não apenas a lei, para que a justiça se torne mais eficaz, desenvolvendo práticas inovadoras e em consonância com a democracia. Mas esse novo processo exige que sejam resolvidas questões como a ligação entre o juiz e o legislador e a independência ou interferência entre eles, fundamentais nesse novo processo, pois a separação dos poderes teorizada por Montesquieu, não tem mais lugar nesse novo contexto de justiça e democracia.

Para Garapon, a justiça de qualidade, aquela que está a serviço da democracia, deve ser orientada para atender o maior número de cidadãos possível. É o que ele chama de “justiça democrática”, apesar da democracia tornar frágil o poder dos juízes, que não detêm uma legitimidade plena porque não participam das vicissitudes da eleição. Mas por outro lado, diz o autor, esse poder, além de necessário, vem a ser insuportável para a democracia. Nisso reside, pois, um verdadeiro paradoxo entre os dois elementos fundamentais dessa justiça democrática, que são o liberalismo e a democracia, justamente o que foi constatado por Tocqueville quanto à sociedade americana, a qual, mesmo sendo a mais democrática, acaba fortalecendo o Poder Judiciário, considerado o mais aristocrático dentre os três poderes do Estado. Essa contradição foi resolvida de modo diverso pelas duas culturas jurídicas, posto que a *common law* optou por exercer um

hiérarchisé, le juge entretenait jalousement cette séparation dans laquelle il voyait le gage de son indépendance. Gardien scrupuleux de la séparation des pouvoirs, arbitre passif de la querelle des plaideurs, au civil à tout le moins se gardant d'interférer dans l'économie des contracts, même pour venir au secours du débiteur malheureux, le juge cultivait sa fidélité à l'égard du législateur. [...]. Ces temps ont changé, bien entendu, et sans que soit pour autant abolie la hiérarchie judiciaire ni discutée l'indispensable indépendance du juge, son insertion au coeur du réseau juridique [...] exige de lui des qualités nouvelles: imagination, responsabilité sociale, courage politique. [...] Mais comment, dans ces conditions, éviter l'insécurité juridique, la “guerre des juges”, le “gouvernement des juges ou encore la “république des juges” [...] comment assumer explicitement une responsabilité sociale et politique sans renoncer pour autant à la fidélité à la loi, à l'indépendance et à l'impartialité? Tels sont les enjeux des nouvelles loyautés que se cherche la magistrature aujourd'hui”. Tradução de Denise Helena Schild de Oliveira

¹⁶⁹ GARAPON, A.; PERDRIOLLE, S.; BERNABÉ, B.; KADRI, C.. **La Prudence Et L'autorité: L'office Du Juge Au XXe Siècle**. 2013.

controle eficaz sobre os juízes, o que se faz presente através da instituição do júri, enquanto a *civil law* valorizou o legislador, especialmente em se tratando da França, a República foi construída contra os juízes, para dividir sua competência e enfraquecer seu poder.¹⁷⁰

Tanto que, “não é o direito que mantém os franceses unidos, nem mesmo a Constituição, mas, sim, a República. Uma República frequentemente atacada e, portanto, devendo ser incessantemente defendida e reconquistada [...]”.¹⁷¹

É importante relatar o pensamento do autor, quando esclarece que:

[...] todo sistema de justiça democrática deve resolver a contradição entre esses dois ingredientes fundamentais que são o liberalismo e a democracia. A expressão “justiça democrática” contém assim uma contradição quanto a estes dois termos. Primeiramente porque faz parte da natureza do terceiro ramo do poder ser aristocrático. Os juízes são procurados por sua distância em relação ao povo (o Estado de direito se construiu na França de maneira aristocrática sob a ação de alguns altos funcionários, membros do Conselho de Estado). O poder dos juízes é ao mesmo tempo necessário e insuportável para a democracia. Esta torna o poder dos juízes paradoxalmente ainda mais importante [...] mas ainda mais frágil [...]. A justiça é aristocrática em seus métodos e seu quadro, mas está, porém, a serviço da democracia. Essa contradição é solucionada pelo júri em *common law* e pelo positivismo legislativo em *civil law*.”¹⁷²

E finaliza:

O desafio de toda justiça moderna é combinar uma justiça necessariamente rara para ser de qualidade, mas que seja também orientada para a satisfação do maior número, porque nas democracias liberais avançadas a legitimidade é experimentada por todos na qualidade do serviço. Ela só será legítima se satisfizer, da forma mais ampla possível, as promessas feitas aos cidadãos.¹⁷³

Logo, a ideia de Garapon a respeito da justiça moderna, revela que esta deve ser orientada para a qualidade na prestação do serviço ao cidadão, de forma que o maior número deles possa usufruir de tal vantagem.

E voltando ainda ao pensamento de Ost, esclarece o autor, que a partir do momento em que o juiz decide questões que dizem respeito a toda a sociedade, esta intervenção passa a ter um cunho político, não aquele referente à política partidária, mas sim ao regramento da sociedade. Contudo, esclarece que o limite entre as duas situações é bastante frágil, ocorrendo muitas vezes que o juiz acabe interferindo na política partidária, o que não deveria acontecer.

¹⁷⁰ GARAPON, A.; PAPAPOULOS, L.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008.

¹⁷¹ GARAPON, A.; PAPAPOULOS, L.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008. p. 272.

¹⁷² GARAPON, A.; PAPAPOULOS, L.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008.

¹⁷³ GARAPON, A.; PAPAPOULOS, L.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008. p. 144

Segundo Ricoeur, citado por Ost¹⁷⁴, o próprio poder político é o responsável por esse deslize, pois o judiciário, “é impulsionado em primeira linha pelas instituições políticas que estão em vias de decomposição”.

Neste viés, arremata Garapon que o advento desse ativismo judicial somente poderá ser compreendido dentro de um contexto maior, do qual ele vem a ser mera manifestação, pois não significa a transferência da soberania do Estado para o juiz e sim, da transformação da própria democracia. Na verdade, a popularidade dos juízes não decorreria do ativismo e sim de uma nova forma de democracia, cujo imaginário fez crescer a importância do judiciário, tanto que o direito ganhou nova roupagem, solucionando o que o Estado não logrou resolver e foi buscado junto à justiça. Até então, a lei significava a ligação com o positivismo, pois ela era suficiente para ligar a função do juiz à soberania popular, mas atualmente, ela não é mais suficiente à atuação judicial, uma vez que o juiz necessita de outras fontes para dizer o direito. Nesse caso, em que pese a lei continue sendo importante, deixou de ser contudo, a única a encerrar o conteúdo jurídico, posto que não se confunde mais com o direito.¹⁷⁵

Bem por isso, Jacob¹⁷⁶ entende que essa primazia da lei está com os dias contados, porquanto se trata de um idealismo hipócrita e ultrapassado do positivismo

¹⁷⁴ RICOEUR, Paul. **Le juste entre le légal et le bon**. Lectures 1, Paris: Seuil, 1993, p. 74-5. “C’est cependant le pouvoir politique lui-même qui, le plus souvent, est à l’origine de ce glissement de pouvoir: “le judiciaire, écrit Paul Ricoeur, “est poussé en première ligne par des institutions politiques en voie de décomposition. Tradução de Denise Helena Schild de Oliveira

¹⁷⁵ GARAPON, A.. **Le gardien des promesses justice et démocratie**. 1996. p. 35-7. “L’irruption de l’activisme juridictionnel ne peut être comprise tant que celui-ci ne sera pas rapporté à un mouvement profond dont il n’est qu’une manifestation. Il ne s’agit pas d’un transfert de souveraineté vers le juge mais plutôt d’une transformation de la démocratie. Les juges ne jouiraient pas d’une telle popularité s’ils ne rencontraient une nouvelle attente politique dont ils se font les champions et s’ils n’incarneraient une nouvelle manière de concevoir la démocratie. Que s’est-il donc passé pendant cette dernière décennie? C’est moins dans le droit lui-même que dans son investissement nouveau par l’imaginaire démocratique qu’il faut chercher l’origine de ce mouvement. Le droit est devenu le nouveau langage dans lequel se formulent les demandes politiques qui, déçues par un État en retraite, se reportent massivement vers la justice. [...]. La loi constituait le maillon principal du positivisme puisqu’elle était supposée assurer le lien entre l’office du juge et de la souveraineté populaire. [...]. or cette loi si essentielle à la séparation des pouvoirs ne suffit plus pour guider le juge dans sa décision. Celui-ci doit faire appel à de sources extérieures pour dire le droit. La loi ne se confond plus avec le droit: elle garde certes une importance essentielle mais ne peut plus prétendre fonder à elle seule tout le système juridique. [...]”. Tradução de Denise Helena Schild de Oliveira

¹⁷⁶ JACOB, Robert (sous la direction de). Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes. In: GARAPON, A.. **La culture juridique française au choc de la “mondialisation”**. 1996. p. 389. “Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes. Chapitre 15, écrit par GARAPON, Antoine. La culture juridique française au choc de la “mondialisation”. L.G.D.J, 1996. Librairie générale de droit et de jurisprudence, E.J.A p. 389 Mais cet idéalisme et cette hypocrisie du positivisme français ne “passent” plus. Le règne de la Loi a cessé et a entraîné dans sa chute toute une culture positiviste à laquelle se nourrissait l’État. On reproche à la Loi tout à la fois d’être inadaptée dans sa forme et périmée dans sa démarche: on n’admet plus son esprit abstrait, rigide, uniforme, ignorant les réalités qui ne puissent que produire

francês, cujo reinado acabou levando a uma cultura do positivismo, da qual se nutria o Estado. Segundo esse autor, a lei não mais consegue se adaptar à realidade social, pois seu espírito abstrato, sua rigidez dogmática, acabam por ignorar as alterações da realidade social, mantendo os operadores do direito afastados das mudanças e das novas convicções. Na verdade, a evolução ocorreu na concepção da democracia tão somente. O que evoluiu foi a concepção de democracia. Uma tal concepção da verdade não pode viver muito tempo num mundo aberto como esse que vivenciamos, diante de uma realidade que não tem mais condições de acolher uma única e exclusiva verdade, que não mais admite essa verticalização.

Assim como os direitos do homem, o direito tornou-se o maior referencial da ação política, pois é através dele, do processo, que o homem democrático exercita a política. Bem por isso, a justiça passou a ter valor, ensejando profunda mudança na democracia, pois esta migrou do Estado para a justiça. No Estado- providência, este é o todo-poderoso, que tudo resolve, que tudo abarca, mas diante de suas deficiências, a esperança se voltou para a justiça, pois é nela que a ação política se realiza, e não no Estado. O sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas, em decorrência da crise gerada pelo desinteresse e pela falta de espírito público do cidadão indiferente e desmotivado. O juiz é então chamado para resgatar uma democracia onde um legislativo e um executivo enfraquecidos e seduzidos pelas mídias e desgastados pelas derrotas eleitoreiras, governam cidadãos indiferentes, mas ao mesmo tempo exigentes, voltados unicamente para si próprios e esperando da política o que ela não lhes pode oferecer: a moralidade. Portanto, é preciso buscar no imaginário da democracia, a ascensão do juiz, e é somente através da justiça que o cidadão consegue interpelar seus governantes e tentar resolver seus conflitos mais íntimos. Portanto, em face desse distanciamento das instituições, o juiz surge como um poder mais próximo e real. A democracia então encontra sua unidade nessa busca perpétua dela mesma, no direito.¹⁷⁷

É importante voltar a Garapon em “Les Juges un pouvoir irresponsable?”, quando ele menciona que na França de hoje, diversamente de há 20 anos, o juiz cuja função não se limita mais, como no passado, a decidir os conflitos, está sendo compelido a agir como um verdadeiro gestor do aparelho judiciário, sem se limitar à chamada justiça do entre si, como adverte Garapon, afirmando ainda o autor, que o juiz não apenas conquistou maior independência, como também um certo poder de regular a sociedade, o que implica em sua maior responsabilidade profissional,

un droit doctrinal et dogmatique dans lequel les praticiens n'avaient que peu de place. Ce qui a évolué, c'est la conception-même de la démocratie. Une telle conception de la vérité ne peut vivre très longtemps dans un monde très ouvert sur l'extérieur et si empreint de pluralisme social: la modernité est semeuse de doute et nous oblige à faire le deuil d'un critère unique de la vérité au bénéfice d'une sorte de procéduralisation de la vérité qui ne s'accommode plus très bien de cette verticalité”. Tradução de Denise Helena Schild de Oliveira

¹⁷⁷ GARAPON, A.. **Le gardien des promesses justice et démocratie**. 1996. p. 40-2 e 44-8.

porquanto, numa democracia, quem detém o poder precisa se responsabilizar por ele.¹⁷⁸

Mas seria o caso do juiz, aplicador do direito, passar a conduzir também as políticas públicas, fazendo as vezes do legislador, quando este deixa de atuar de maneira eficaz, indaga Antoine Garapon. É preciso encontrar as respostas, acentua Garapon, para quem tais perguntas já demonstram um novo estado de justiça que está nascendo, bem como um novo papel para o juiz, que vai além de dizer o direito, não apenas resolvendo conflitos. O juiz precisa sim, segundo o autor, conduzir as políticas públicas, através de ações coordenadas, objetivando a modificação de muitas práticas, com objetivos previamente delineados. Diz ainda, que, em face desse movimento de judicialização da sociedade, não há mais setor nas políticas públicas onde o juiz não atue, para fazer valer os direitos subjetivos de cada um ou do grupo interessado.

Diante desse contexto, essa nova responsabilidade do juiz e seu engajamento com esse movimento que advém dos setores os mais variados da atividade social, não mais permite que ele seja apenas o juiz “boca da lei”, oriundo do positivismo, como antigamente, devendo, ao contrário, fazer com que os direitos individuais e os coletivos sejam respeitados, não havendo, na verdade, campo de atuação para o qual o juiz não seja chamado a decidir. Ele acompanha e garante a paz social, devendo se preocupar também com as consequências de suas decisões.¹⁷⁹

Em consequência de novas responsabilidades concernentes às ditas políticas públicas, duas situações se apresentam na função judiciária, de forma destacada e a merecer atenção, primeiro¹⁸⁰: porque o juiz não pode mais se limitar a dizer o direito, apenas gerindo conflitos particulares, passando a ser um verdadeiro gestor social e árbitro de interesses não apenas individuais, como também coletivos, zelando pela paz social; segundo, porque, ao desempenhar essa tarefa de tomar conta da

¹⁷⁸ GARAPON, A.. **Les Juges un pouvoir irresponsable?** 2003.

¹⁷⁹ GARAPON, A.. **Les Juges un pouvoir irresponsable?** 2003.

¹⁸⁰ GARAPON, A.. **Les Juges un pouvoir irresponsable?** 2003. p. 106-7. “Même plus strictement entendues les nouvelles responsabilités des juges au titre des politiques publiques portent en elles-mêmes deux mutations d’importance de la fonction judiciaire, dont il faut être bien conscient: 1) [...] le juge ne se borne plus à dire le droit ou à gérer un conflit particulier, il endosse une responsabilité accrue dans la gestion du social, il devient l’arbitre d’intérêts à la fois individuels et collectifs... il accompagne la préservation de la paix sociale [...]. 2) [...] la prise en compte d’une population donnée l’amène à s’intéresser non seulement à l’amont [...] mais encore à l’aval, c’est-à-dire aux conséquences des jugements ou des médiation et au suivi dans la durée de ladite population”. Tradução de Denise Helena Schild de Oliveira

sociedade, ele também precisa ter em conta as consequências de seus julgamentos, de forma a acompanhar também os resultados de suas decisões ou dos acordos.

Garapon tenta demonstrar que os juízes, na verdade, sempre tiveram a intenção de mudar o mundo, tanto é que na Bíblia há um título que se intitula “Juízes”, e em Israel, na Antiguidade, os governantes eram denominados “juízes”. Mas para o autor, os juízes não devem se ocupar da política nem da economia, pois se o poder administrativo passa a ser também uma função da autoridade judicial, corre-se o risco de desestabilizar as instituições e afetar até mesmo o sistema econômico.¹⁸¹

E seguindo o propósito de Garapon¹⁸²:

Ao mesmo tempo, constata-se que os atores políticos, administrativos, parlamentares e judiciais do sistema como um todo, não conseguem regular eles mesmos o exercício de suas responsabilidades mútuas, e que, ao invés de colaborarem uns com os outros, se afrontam e tentam se desresponsabilizar. No fim das contas, arriscamos colocar em perigo a economia, que precisa de segurança jurídica, deixando prevalecer sobre uma gestão racional dos riscos, uma instabilidade inaceitável em relação aos operadores da economia.

Mas para o autor,

[...] é preciso tentar restaurar um estado de confiança recíproca entre os garantidores do estado de direito, mas para isso, os juízes devem também se encarregar da elaboração de regras, com os demais atores, para que o estado de direito venha a ser alcançado, o que não pode ser feito apenas pela justiça nacional.¹⁸³

Portanto, Garapon percebe a necessidade de ser mantido um diálogo permanente e efetivo entre todos os segmentos da sociedade e o conjunto das instituições judiciárias e os poderes políticos, para que todos se comprometam com o Estado, assumindo cada qual sua parcela de responsabilidades, a fim de que o

¹⁸¹ GARAPON, A.. **Les Juges un pouvoir irresponsable?** 2003.

¹⁸² GARAPON, A.. **Les Juges un pouvoir irresponsable?** 2003. p. 141. “En même temps, on voit bien que les acteurs politiques, administratifs, parlementaires et judiciaires du système d'ensemble, n'arrivent pas à régler eux-mêmes l'exercice de leurs responsabilités mutuelles, et qu'au lieu de collaborer, ils s'affrontent, et tentent même de se déresponsabiliser les uns des autres. Au bout du compte, nous risquons de mettre en danger l'économie tout entière, qui a essentiellement besoin de sécurité juridique, en faisant prévaloir sur une gestion rationnelle des risques, une instabilité inacceptable pour des opérateurs économiques”. Tradução de Denise Helena Schild de Oliveira

¹⁸³ GARAPON, A.. **Les Juges un pouvoir irresponsable?** 2003. p. 141. “il faut quand-même essayer de “restaurer un état de confiance réciproque entre les garants de l'état de droit”, et pour cela les juges doivent aussi se charger de l'élaboration des règles avec les autres acteurs, pour que l'état de droit soit accompli, ce qui ne peut être fait seulement par la justice nationale”. Tradução de Denise Helena Schild de Oliveira

processo democrático encontre o caminho de realização do direito e da justiça de forma mais equilibrada. E acrescenta que o individualismo característico de nossos dias acaba levando a essa busca desenfreada pela justiça, na sociedade pluralista, mas as instituições jurídicas não têm como atender a toda essa demanda, razão pela qual o autor não acredita nessa solução, que conduz ao ativismo judicial, que pode ensejar abuso de poder e até o surgimento de um novo poder paralelo. Diante disso, ele propõe que o Judiciário não seja o único a decidir os conflitos. Segundo sua proposta, o juiz não deve fazer política, mantendo-se apenas como o garantidor dessa política, aquele que leva a paz à sociedade. Seria o caso, então, de novos atores na vida jurídica, não propriamente judiciais. E também, deve se buscar uma responsabilidade coletiva do conjunto das instituições judiciárias, através do diálogo constante, para que a justiça possa ser bem aplicada.¹⁸⁴

Guarnieri e Pederzoli¹⁸⁵ enfatizam a propósito:

O longo declínio do poder judiciário na Europa continental começou com a Revolução e com as grandes reformas de Napoleão, prosseguindo com a democratização do sistema político, mas a extensão cívica da participação política e o engrandecimento do papel do parlamento e dos partidos políticos, parecem ter chegado ao fim. Essa tendência parece ter se invertido na verdade. Constata-se pois, que essa intervenção não está em oposição aos princípios da democracia constitucional, regime político no qual dois grandes princípios se misturam: o democrático, referente à soberania do povo, e o liberal, a defesa e a proteção dos direitos individuais. Um processo de judicialização está, de certa forma, implícito no desenvolvimento desse tipo de democracia: ele deveria ser considerado um complemento necessário, pois uma democracia com um poder judiciário poderoso é uma democracia mais forte, que oferece mais garantias a seus cidadãos.

Os autores falam ainda sobre a necessidade de que esse novo poder judiciário seja compatível com a democracia, isto é, que a defesa do papel político

¹⁸⁴ GARAPON, A.. **Les Juges un pouvoir irresponsable?** 2003.

¹⁸⁵ GUARNIERI, Carlo; PEDERZOLI, Patrizia. **La Puissance de juger**. Préface d'Antoine Garapon. Paris: Éditions Michalon, 1996. p. 178. "Le long déclin du pouvoir judiciaire en Europe continentale, commencé avec la Révolution et les grandes réformes de Napoléon, et poursuivi avec la démocratisation du système politique, l'extension civique de la participation politique et le renforcement du rôle du Parlement et des partis politiques qui en procède, semble être terminé. Cette tendance semble aujourd'hui s'inverser. On a vu aussi que cette intervention n'est pas, en principe, en contradiction avec les caractères de la démocratie constitutionnelle qui est un régime politique dans lequel deux grands principes se mêlent: le démocratique, c'est-à-dire, celui de la souveraineté du peuple, et le libéral, à savoir, la défense et la protection des droits des individus. Un processus de judiciarisation est, dans une certaine mesure, implicite dans le développement d'un tel type de démocratie: il devrait plutôt en être considéré comme un complément nécessaire. En effet on doit le souligner encore, une démocratie avec un pouvoir judiciaire puissant est une démocratie plus forte, qui offre plus de garanties à ses citoyens". Tradução de Denise Helena Schild de Oliveira

do juiz e seu poder devem ter algum limite, pois sem nenhuma forma de controle, a independência dos juízes significaria a “tirania dos juízes”.¹⁸⁶

Asseveram também, que um sistema de contrapesos eficazes é indispensável para limitar o poder judiciário, o que significa, na verdade, separar os poderes, embora essa separação do sistema judiciário do sistema político seja apenas relativa. É preciso observar que as relações entre justiça e política são muito complexas, mas mesmo assim, é preciso regular essa judicialização, salvaguardando a autonomia das instituições, colocando em prática mecanismos de regulação das relações entre justiça e política.¹⁸⁷

A propósito, os autores mencionam dois pontos importantes que precisam ser observados para controlar a judicialização: “limitar o poder judiciário no interior de seu próprio sistema, garantindo o bom funcionamento dos princípios atinentes aos procedimentos judiciais, a fim de que a separação de poderes venha a ser aplicada de forma precisa, uma vez que a justiça é o poder menos provido de legitimidade democrática direta”. Portanto, afirma o autor, não seria o caso de um poder se colocar contra o outro, e sim, de se buscar formas de integração entre eles.¹⁸⁸

Garapon prossegue comentando a respeito da democracia e do papel do novo juiz como ator no contexto do Estado de Direito Constitucional, esclarecendo que essa intervenção da justiça tornou-se indispensável ao desenvolvimento do regime democrático, pois aquela tradição constitucionalista de independência do juiz guardião das promessas do Estado-liberal, não mais pode persistir, porquanto o juiz decidia de acordo com os princípios de direito, nos quais as decisões eram fundamentadas, e ao mesmo tempo, serviam de limite ao poder do julgador.

Nesse contexto, citando Hamilton, o autor entende que dentre os três poderes, o judiciário é o que menor perigo oferece no tocante aos direitos constitucionais, diversamente do que ocorre com os demais poderes, porquanto levando-se em conta as funções da magistratura, ela não tem como tomar a

¹⁸⁶ GUARNIERI, C.; PEDERZOLI, P.. **La Puissance de juger**. 1996. p. 182-7

¹⁸⁷ GUARNIERI, C.; PEDERZOLI, P.. **La Puissance de juger**. 1996.

¹⁸⁸ GUARNIERI, C.; PEDERZOLI, P.. **La Puissance de juger**. 1996. p. 185-6 “[...] l'exigence de limiter le pouvoir judiciaire doit être poursuivie surtout à l'intérieur du système judiciaire, en veillant à ce que les principes de la procédure judiciaire [...] soient respectés: on pourrait dire que c'est sur ce point que le principe de la séparation des pouvoirs doit être nettement appliqué, puisque la justice est le pouvoir le moins pourvu de légitimité démocratique directe”. Tradução de Denise Helena Schild de Oliveira

iniciativas e nem pode comandar a riqueza e nem o poder em uma sociedade, pois não exerce influência alguma nem sobre a espada e nem sobre o bolso.

E mencionando Hayek (1960), a respeito do papel do poder judiciário, acrescenta que, para este autor, o juiz é na verdade, “a boca do direito”, mais do que da lei, a ele competindo não apenas a defesa da propriedade, como também das liberdades do cidadão. Mas hoje essa realidade não é mais a mesma, diante do quadro institucional onde atua o juiz, e que veio lhe conferir poder maior, diante não apenas do enfraquecimento da lei e do positivismo, bem como também, pela constatação de que os grandes princípios do direito não são mais suficientes na solução dos conflitos que o juiz deve enfrentar. Na verdade, o desenvolvimento do Estado-Providência alterou o papel do juiz, tornando-o mais importante e ativo, e o direito também mudou e por conta disso, acaba estimulando o julgador em sua função, de forma que os setores da atividade social submetidos ao controle do judiciário aumentaram, sobrevivendo assim, o fenômeno da judicialização, através do qual as decisões judiciais se tornam cada vez mais importantes, e isso se constata não apenas para as partes envolvidas no conflito, ou seja, na relação triangular, como também para os que estão fora desse envolvimento, pois o processo se torna “policêntrico”, com o juiz adquirindo o status de administrador ou gestor de outras responsabilidades, ou seja, o juiz acabou se tornando político em suas decisões, de onde sobrevém sua importância no novo processo democrático, decorrente de maiores responsabilidades.¹⁸⁹

¹⁸⁹ GARAPON, A.. **Le gardien des promesses justice et démocratie**. 1996. p. 139-40. “Mais le contexte de l'intervention judiciaire présente aujourd'hui des caractères qui soulèvent aussi des problèmes pour le développement équilibré d'un régime démocratique. La tradition constitutionnaliste qui défendait le rôle fort d'un juge indépendant se référait en effet à ce que nous avons appelé le “juge gardien”, c'est-à-dire un juge appelé à décider suivant les grands principes du droit qui étaient en même temps le fondement et la limite de son pouvoir. Dans ce contexte, le juge n'était pas seulement le défenseur de la propriété et des propriétaires, même si cette fonction a toujours été pour lui très importante, il était aussi le défenseur des libertés publiques. C'est encore **Hamilton qui nous rappelle, dans le numéro 78 du Federalist que “la justice**, par la nature même de ses fonctions, sera toujours le pouvoir le moins dangereux pour les droits politiques de la Constitution. Au contraire des autres, elle n'a d'influence ni sur l'épée ni sur la bourse: elle ne peut diriger la force ou la richesse d'une société et ne peut prendre aucune initiative”. Si l'on analyse ce que reste une des meilleures propositions contemporaines de cette conception du rôle judiciaire – celle de Hayek (1960) – ce point est clair: “le juge est la bouche du droit”, plutôt que de la loi, et son activité décisionnelle reste toujours définie en termes d'exécution. D'ailleurs, dans ce cadre, ce sont seulement les activités coercitives de l'État qui sont soumises au contrôle du juge, qui est justement le défenseur de la liberté personnelle et de la propriété du citoyen: il garantit la liberté face à la coercition, garantie qui est la base de toutes les libertés politiques (Sartori, 1987, p. 318). De plus c'est un juge qui décide à l'intérieur d'un cadre rigide triadique, regardant surtout les parties qui sont face à lui”. “Nous avons vu que le juge agit maintenant avec une profondeur, une ampleur et des conséquences bien différentes. Le cadre institutionnel dans lequel il intervient lui offre un pouvoir beaucoup plus fort: le lien avec la loi s'est affaibli et les grands principes du droit ne sont pas toujours capables de fournir la solution aux problèmes qu'il doit affronter. Le développement de l'État providence a changé son rôle en le faisant plus important, au rythme où le rôle même du droit a changé: comme on l'a efficacement avancé, il est devenu promotionnel, il doit stimuler le changement (BOBBIO, 1977). Les secteurs de l'activité sociale soumis au contrôle judiciaire se sont étendus: c'est cela justement la judiciarisation. Les décisions de justice tendent à devenir de plus en plus importantes pour ceux qui se trouvent en dehors du litige: le procès se fait polycéntrique plutôt que triadique (FULLER, 1978). Si l'on observe de plus près les fonctions que le juge remplit effectivement, il est évident qu'il tend à devenir une sorte d'administrateur, mais avec un statut – et des responsabilités – très différent et les intérêts en cause semblent l'avoir compris. En tout cas, les décisions du juge sont aujourd'hui beaucoup plus importantes qu'autrefois. Qu'on le perçoive ou non, c'est un juge

E seguindo na análise a respeito da posição atual do poder judiciário na França e via de consequência, da função a ser desempenhada pelo juiz nessa nova empreitada, com vias ao novo processo democrático, segundo Garapon, não há consenso na doutrina francesa a respeito de ser a justiça uma autoridade ou um poder, pois o juiz, apesar de ser considerado como um funcionário, na verdade não assume esse papel, mantendo seu título de juiz, o que leva a concluir que seu papel não está de acordo com aquele anunciado pelas instituições.¹⁹⁰

Cumprido aqui tecer breve paralelo com relação ao Brasil, cujo contexto histórico e político, acabou levando à atual posição do poder judiciário a caminho diverso, lhe garantido pela Constituição de 88, que sem dúvida conferiu aos juízes brasileiros o status de representantes de um dos poderes da república, diversamente do que vem ocorrendo na França, onde os juízes são na verdade, autoridades imbuídas do poder de decidir os conflitos, mas não representam o poder judiciário, que na França, não se equipara aos demais poderes, conforme já debatido alhures, sendo esse um dos objetivos buscados pela atual reforma do Poder Judiciário que tramita em solo francês, procedida por Antoine Garapon. Portanto, as posições dos magistrados não são as mesmas na França e no Brasil, embora nosso País seja de tradição dos sistemas de civil law, de quem adotou o positivismo e o forte apego à lei, mas por influência dos Estados Unidos, acabou copiando também parte do modelo de *common law*, ao inserir na Magna Carta, o controle de constitucionalidade típico do modelo daquele Estado. Além disso, constata-se que nosso País também adotou, a exemplo desse mecanismo constitucional, a obrigatoriedade por parte dos juízes, de fundamentarem quaisquer decisões por eles proferidas, além do uso da primeira pessoa do singular, o que não se admite nas decisões proferidas pelos magistrados franceses. Na verdade, o Brasil criou um sistema que se pode nominar de híbrido, onde se constata características de ambos os sistemas jurídicos já analisados no capítulo anterior.¹⁹¹

Então, prossegue Garapon, afirmando que, na concepção clássica da separação dos poderes, cada poder exerce sua função especializada, de forma independente, porém harmônica e equilibrada, para que a liberdade seja garantida.

politique que les démocraties aujourd'hui doivent affronter. Donc, le problème de sa responsabilité propre devient plus aigu". Tradução de Denise Helena Schild de Oliveira

¹⁹⁰ GARAPON, A.; PAPADOULOS, I.. **Julgar na França e nos Estados Unidos**: 2008.

¹⁹¹ GARAPON, A.; PAPADOULOS, I.. **Julgar na França e nos Estados Unidos**: 2008.

Contudo, o poder judiciário apresenta uma contradição pelo fato de deter funções antagônicas, porquanto lhe cabe não apenas aplicar as decisões dos demais poderes, como também exercer o controle sobre esses mesmos poderes, o que leva a crer que a almejada independência não se concretiza, pois se o juiz deve aplicar a lei, precisa ao mesmo tempo controlar sua constitucionalidade. Logo, essa separação absoluta não existe, tanto que, para muitos, seria melhor aceitá-la, pois sendo o executivo um poder e a justiça uma autoridade, aquele tem licença para agir, enquanto esta, para impedir.

Em face dessa realidade, destaca Garapon, que uma decisão política acabaria sendo suprimida pelo direito, o que leva a concluir que a influência da justiça na vida política, é inevitável e acaba trazendo novos atores não judiciais à cena da vida pública. Portanto, entende o autor, que o poder não pode ser dividido em três segmentos individualizados e estanques, cada um deles com a atribuição de funções específicas, pois somente partilhando funções poderão os três poderes manter um equilíbrio indispensável ao desenvolvimento da democracia.

Destaca também, que ao utilizar o termo “poder”, Montesquieu quis dizer que o judiciário tornava-se uma prerrogativa do Estado no mesmo grau que o executivo e o legislativo.¹⁹²

Para o autor¹⁹³, então,

[...] o poder é aquele que pode, e a autoridade, aquela que autoriza. Um toma a iniciativa e realiza a ação; a outra, a censura ou lhe dá a validade. O poder é a liberdade de executar, a autoridade é a obrigação procedimental; um é o poder, a outra, o contrapoder. O primeiro é ativo e positivo; a outra,

¹⁹² GUARNIERI, C.; PEDERZOLI, P.. **La Puissance de juger**. 1996. p. 12-3. “Peut-être que la séparation ne peut jamais être totale, que les pouvoirs ne sont pas tous des pouvoirs de même nature et qu’ils ne sont pas trois, mais bien plus nombreux. N’aurait-on pas avantage à substituer à la perspective d’une séparation radicale celle d’une juste distance? Plutôt que de nier vertueusement cette nécessaire dépendance, ne gagnerait-on pas à en prendre acte? [...] L’exécutif est un pouvoir, la justice une autorité. L’une a la licence d’agir, l’autre de l’en empêcher. [...] La logique de la justice est certes tributaire des dimensions de sa compétence mais recouvre aussi une méthode, une lecture particulière de la réalité en vue d’agir dessus, un certain découpage des faits, un enchaînement intellectuel mené par des acteurs spécialement habilités et tout un ensemble de références propres. On mesure alors à quel point la logique politique de l’exécutif est éloigné de celle de la justice. L’une aborde la politique en termes collectifs et projectifs, l’autre en termes singuliers et principiels. L’une est ordonné en un projet, l’autre s’apparente à un instrument. [...] La judiciarisation tend à laisser le processus politique dans les mains des groupes de pression qui, certes légitimement, ne représentent qu’eux-mêmes. Par conséquent, la décision politique ne serait confiée qu’au marché des intérêts, autrement dit elle serait supprimée au profit du droit. Ainsi, l’influence croissante de la justice sur la vie politique marque l’entrée de nouveaux acteurs non proprement judiciaires mais dont la justice facilite l’emprise sur la vie publique [...]”. Tradução de Denise Helena Schild de Oliveira

¹⁹³ GARAPON, A.. **Le gardien des promesses justice et démocratie**. 1996. p. 180-1.

passiva e negativa. [...]. O poder assume a divisão, a autoridade protege o consenso. Este consenso é dificilmente constatado nas democracias majoritárias em que o poder político e a encarnação do Estado concentram-se nas mesmas pessoas.

E esclarece mais o autor, afirmando que a justiça, além da incumbência de guardar o direito, deve também garantir a identidade da democracia, embora essa não seja imutável, então a mesma autoridade representada pelo judiciário precisa decidir tanto a respeito da crise do Estado, quanto do sujeito, o que leva o autor a indagar, se não estaria a justiça ocupando o lugar deixado pela religião, uma vez que a justiça está decidindo questões antes resolvidas pela religião. De onde conclui então, que a função da justiça não seria despolitizar a democracia, mas, ao contrário, seria a resposta a essa acelerada politização da democracia, como resultado da reversão para a esfera política de um grande número de áreas consideradas antigamente como de domínio religioso. Nessa hipótese, assevera Garapon que o recuo da religião também foi causa do avanço do direito, e não apenas o recuo da política, destacando que três termos precisam ser levados em conta nesse processo, quais sejam, política, justiça e religião e não apenas os dois primeiros.¹⁹⁴

Diante disso, de acordo com o pensamento do autor, duas contradições referentes à justiça coexistem lado a lado, cada qual dotada de uma importância lógica que lhe é peculiar:

O destino da justiça parece bem ligado a duas utopias equivocadas. Uma pertence à nossa cultura política. Antiga de dois séculos, ela faz a ligação da história com um Estado forte e homogêneo que sonha com a administração judiciária atrelada a uma missão securitária. A outra conduz a uma utopia ultraliberal, onde ela desaparece num grande mercado globalizado. De um lado, o Estado reage verticalmente contra o poder, de outro, as normas da eficiência, e, em face, indivíduos clientes ou administrados, envolvidos por essas duas lógicas.

Dotados de uma mesma força, a necessidade de segurança coexiste com a aspiração pela liberdade. Entre as duas, a justiça é mais do que nunca uma instituição atormentada por essas contradições.¹⁹⁵

¹⁹⁴ GARAPON, A.. **Le gardien des promesses justice et démocratie**. 1996. p. 185.

¹⁹⁵ GARAPON, A.. **Le gardien des promesses justice et démocratie**. 1996. p. 185. "Le destin de la justice semble bien et bel lié à deux mauvaises utopies; L'une appartient à notre culture politique. Vieille de deux siècles, elle la relie à l'histoire d'un État fort et homogène qui rêve d'une administration judiciaire attelée à une mission sécuritaire. L'autre conduit à une utopie ultralibérale où elle disparaît dans un grand marché globalisé. D'un côté, l'État régit par la verticalité sur le pouvoir, de l'autre, les normes de l'efficacité et, en face, des individus clients ou administrés,

E nessa perspectiva, cumpre referir Ost, em complemento ao texto de Garapon:

Dizer o direito. Fazer justiça. Dizer o direito: ofício atual do juiz, segundo a ordem jurídica (ainda que o direito deva suplantar a lei em todos os sentidos). Fazer justiça: dever atemporal, São Luís, embaixo de seu carvalho, o “Khadi”, perto da fonte, o juiz, em seu gabinete, no quartirão. De um a outro, a missão do juiz é um eterno recomeçar, como se a justiça a ser distribuída tivesse se perdido. E de um extremo ao outro, o ofício regulamentado à missão de equidade assumida, uma oscilação histórica, ela também, sempre retomada: às vezes o endurecimento das formas legais, às vezes a escuta do apelo social, e quase sempre uma síntese tão impossível quanto necessária. [...] Como escolher entre as mil faces do juiz? Como fazer essa justiça sempre onipresente e ao mesmo tempo tão fugidia, ostensiva e difusa? [...] A justiça com um J maiúsculo e com um j minúsculo? O ideal que ela representa, as frustrações que ela suscita, a devoção, a voga paralela por outros meios alternativos de resolução de conflitos e a onda crescente e incansável de análises que ela engendra [...] da justiça divina, à justiça fiscal, da justiça comunitária à justiça administrativa, quais os traços comuns ? [...] Então, tomado pela dúvida e como que envolvido por uma vertigem, o doutrinador se vê tentado a silenciar, o que não significa falha de sua parte, pois na verdade, ele não dispõe dos elementos e das informações necessárias para não deixar lacunas e obscuridade. Então, surge esse desafio para a doutrina: tentar por em ordem esse abundante material, para nele colocar algum fugaz esclarecimento, uma luz.¹⁹⁶

Por sua vez, Métairie indaga se na função de apaziguar a sociedade, dirimindo os conflitos, é possível afastar a paz da justiça, na função de dizer o direito, e o próprio autor conclui que essas duas finalidades se complementam e se integram de forma indubitável, pois sendo a intenção inequívoca e inquestionável da

happés par ces deux logiques. Avec une force égale, le besoin de sécurité coexiste avec l'aspiration à la liberté. Entre les deux, la justice est plus que jamais une “institution tourmentée” par ces attentes contradictoires”. Tradução de Denise Helena Schild de Oliveira

¹⁹⁶ OST, F.. **Dire le Droit, Faire Justice**. 2007. “Obter dicta. Dire le droit, faire justice. Dire le droit: office moderne du juge, à l'ombre de l'ordre juridique (encore que, on l'aura noté, le droit excède la loi de toutes parts); faire justice: tâche intemporelle, Saint Louis sous son chêne, le khadi près de la fontaine, le juge de proximité au milieu des quartiers. De l'un à l'autre, la mission du juge, toujours recommencée, comme s'il fallait sans cesse rendre cette justice qu'on aurait soustraite ou qui se serait perdue. Et d'un pôle à l'autre, de l'office réglementaire institué à la mission d'équité assumée, une oscillation historique, elle aussi toujours reprise: tantôt le raidissement dans les formes légales, tantôt l'écoute des forces sociales, le plus souvent, une synthèse aussi impossible que nécessaire”. “[...]. Comment saisir ce juge aux mille visages? Comment dire cette justice onniprésente et fuyante, ostensive et diffuse? [...] La justice avec un grand J et un petit j; l'idéal qu'elle représente, les frustrations qu'elle suscite; l'engouement procédural, la vogue parallèle pour les modes alternatifs de règlement des conflits et le flot intarissable d'analyses qu'elle engendre. [...] de la “justice divine” à la “justice fiscale”, de la justice communautaire à la justice administrative, quels traits communs? [...] En proie au doute et comme saisi de vertige, l'auteur de doctrine pourrait être tenté de renoncer. Après tout, il n'existe pas d'infraction de “dénier de doctrine” en cas de silence, d'insuffisance ou d'obscurité des données rassemblées. Sans doute; reste cependant le défi de doctrine: tenter d'ordonner quelque peu ce matériau foisonnant et d'y apporter quelque fugace lumière”. Tradução de Denise Helena Schild de Oliveira

justiça ser durável, ela não se consolida onde não houver paz, sendo esta, portanto, o elemento essencial de uma justiça durável e ensejadora da paz compartilhada.¹⁹⁷

Não há como deixar de mencionar ainda, Guéhenno¹⁹⁸, quando se refere à democracia:

A busca da felicidade, inscrita na Declaração de Independência, não se reduz à procura do dinheiro; significa que a melhor sociedade é aquela que permite ao indivíduo ser o juiz dos objetivos fundamentais de sua própria vida e que se desenvolve graças ao movimento que cada um infunde à sociedade à qual pertence. Este preceito do movimento – a vida é uma “busca” – é o oposto da utopia de uma era ideal ou do bom governo e, por isso, muito diferente de um dos componentes importantes da tradição europeia. Não existe e não deve existir uma conclusão sobre a democracia; o jogo democrático é um processo sem fim, sempre renovado pelas ambições insaciáveis do ser humano, indivíduo antes de ser cidadão. Tocqueville leva vantagem sobre Rousseau.

E por fim, Garapon indaga de que forma resolver essa contradição da qual a justiça se apresenta como o sintoma mais evidente. Como resolver essa contradição maior da democracia, que, rejeitada pela tradição, não consegue sobreviver sem raízes. Como evitar então o desmembramento das sociedades democráticas entre cidadãos livres e os esmagados pelo domínio. Como proteger os valores compartilhados por todos em uma sociedade, cujos membros reivindicam legitimamente o direito de escolher o seu próprio sistema de valores. Como exercer uma influência legítima sobre outros indivíduos, sem contudo oprimi-los. Para responder a tantas perguntas, Garapon constata que a justiça é chamada para ser a instância simbólica a ligar o homem democrático à sua comunidade política.¹⁹⁹

Portanto, segundo o autor, é preciso fazer despertar o pacto democrático, afastando-o, contudo, dos extremos pregados por Montesquieu, e mais, fazer com que a democracia seja capaz de dizer a justiça aos indivíduos desencantados, apesar do paradoxo desta justiça, que além de concentrar todo o trágico da democracia, às vezes se mostra incapaz de oferecer à democracia um regime institucional do qual ela necessita.²⁰⁰

¹⁹⁷ MÉTAIRIE, G.. **La justice de proximité une approche historique**. 2004. p. 13. “Apaiser les querelles, résoudre les conflits ou, dans une version plus savante, dire le droit: la juridiction peut-elle em réalité, dissocier paix et justice? Aujourd’hui, elle semble plutôt conduite, par nature, à considérer ces deux finalités dans leur complémentarité irréductible: la paix, condition sine qua non d’une justice durable; la justice, gardienne efficace d’une paix partagée [...]”. Tradução de Denise Helena Schild de Oliveira

¹⁹⁸ GUÉHENNO, Jean-Marie. **O futuro da liberdade: a democracia no mundo globalizado**. Tradução Rejane Janowitz. Rio de Janeiro; Bertrand Brasil, 2003. p. 148.

¹⁹⁹ GARAPON, A.. **Le gardien des promesses justice et démocratie**. 1996. p. 186-7.

²⁰⁰ GARAPON, Antoine. **Le gardien des promesses justice et démocratie**. 1996.

CAPÍTULO 3

DIALOGANDO COM A PROPOSTA DE ANTOINE GARAPON

3.1 PANORAMA DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

Antes de adentrar ao fenômeno do ativismo judicial no Brasil, é necessário repisar o que Antoine Garapon pretende demonstrar através de seu posicionamento a respeito desse exagerado entusiasmo pela justiça, por parte de incontáveis setores da sociedade, levando o juiz a ser o último “guardião de promessas”, pois todos os problemas acabam sendo transferidos ao judiciário, sintoma este que, para o autor, não é salutar, porquanto pode conduzir a um impasse, voltando-se contra a própria justiça, deixando um juiz perplexo em face desse aumento de poder decorrente do ideal democrático enfraquecido, o que ele denomina de “verdadeiro magistério sobre os mais fracos”.²⁰¹ Em face de tais constatações, o autor convida a um reexame sobre a posição do judiciário numa nova democracia que deve se renovar através do direito, e sempre em busca da justiça, objetivo universal e aspiração social inesgotável.²⁰²

A esse respeito, esclarece Tassinari²⁰³, que:

[...] ativismo judicial e controle de constitucionalidade são questões que estão conectadas, no sentido de que colocar o ativismo judicial em questão também significa colocar o exercício da jurisdição à prova. A questão é que há uma meia verdade nesta afirmação, pois somente é possível considerá-la correta se compreendida que esta legitimidade da jurisdição constitucional dá-se em termos de um efetivo controle das decisões judiciais, isto é, se as atenções estiverem voltadas para as respostas dadas pelo Judiciário e não apenas para compreender se o exercício do controle de constitucionalidade é coerente com a existência de um Estado Democrático.

Salienta a autora que no Brasil, durante o período da chamada “redemocratização”, com a promulgação da “Constituição Cidadã” de 1988, foi que o ativismo judicial tomou forma, pois além de numeroso rol de direitos sobretudo de cunho social, também constaram da nova carta, normas a respeito do controle de

²⁰¹ GARAPON, A.. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. 1996. p. 49

²⁰² GARAPON, A.. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. 1996.

²⁰³ TASSINARI, C.. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. 2013. p. 34.

constitucionalidade, dando início aos primeiros debates sobre o assunto, oportunidade em que o Poder Judiciário brasileiro passou a ter intensa participação nos rumos da Nação, após o rompimento do regime militar, ganhando destaque no cenário jurídico nacional, para o cumprimento do texto constitucional, ou seja, a partir do constitucionalismo democrático a atuação do judiciário passou a ser entendida de uma perspectiva ativista.²⁰⁴

Com efeito, segundo Tassinari, a Constituição de 1988 trouxe inúmeras inovações no ramo dos direitos sociais e individuais, contrariando qualquer modalidade de autoritarismo, além de oportunizar uma relação diferenciada entre a sociedade e o Estado, rompendo assim uma tradição totalmente diversa na história do direito brasileiro, tanto que adotou o mecanismo do controle de constitucionalidade das leis, presente na constituição americana, tendo ainda o constituinte criado políticas de bem-estar e assegurado ao Judiciário uma nova roupagem, tornando-o um protagonista mais atuante e empenhado na efetividade dos direitos fundamentais, fazendo surgir, dessa forma, uma postura pro-ativista em todas as instâncias judiciais, o que se fez sentir especialmente através da Emenda Constitucional n. 45, de 2004.²⁰⁵

Portanto, para Tassinari, a CF/88 foi um divisor de águas em nossa história jurídica, pois além de ter intensificado a atividade jurisdicional, fixou os rumos do poder judiciário, trazendo novos direitos, oriundos da judicialização crescente dos conflitos sociais, cuja solução passou a ser buscada intensamente junto ao Poder Judiciário.²⁰⁶

Mas as primeiras reflexões sobre o tema do ativismo judicial surgiram nos Estados Unidos, em 1803, quando uma discussão constitucional na Suprema Corte, a respeito de competência, no chamado “caso Marbury”, fez surgir o controle de constitucionalidade, dando origem ao debate sobre o ativismo judicial em solo norte-americano.

E comenta a autora que, embora os sistemas brasileiro e norte-americano apresentem tradições jurídicas diferentes, ao longo de sua história as duas Nações acabaram se aproximando em razão de um elemento compartilhado, qual seja, a

²⁰⁴ TASSINARI, C.. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. 2013.

²⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio; TRINDADE, André Karam (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

²⁰⁶ TASSINARI, C.. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. 2013.

atuação do Poder Judiciário. Portanto, essa aproximação com o sistema jurídico dos Estados-Unidos propiciou o surgimento do ativismo judicial em nosso País, mesmo sendo este de tradição de civil law, o que não impediu a eclosão do chamado constitucionalismo democrático. Mas isso não leva à conclusão de que a *common law* se reduz à aplicação de normas jurisprudenciais e nem a civil law pretende se limitar à aplicabilidade da lei. Na verdade, os dois sistemas não estão isolados, ao contrário, ambos vêm exercendo recíprocas influências, sendo exemplo disso o controle de constitucionalidade, que passou a integrar as duas tradições jurídicas.

A propósito, destaca a autora:

Desse modo, sob a influência da doutrina estadunidense, a questão envolvendo o ativismo da magistratura ganhou papel de destaque no cenário jurídico brasileiro. O problema é que, diferente do que aconteceu nos Estados Unidos, aqui a situação do Judiciário mediante uma postura ativista não passou por uma (indispensável) problematização, isto é, por um rigoroso debate acadêmico), no sentido de que, dos contributos trazidos pelos juristas norte-americanos, apenas se aproveitou a intensificação da atividade jurisdicional, potencializada a ponto de ser defendido um necessário ativismo judicial para concretizar direitos. Em síntese, acabou se criando um imaginário jurídico no qual o direito brasileiro fez-se dependente das decisões judiciais, ou melhor, das definições judiciais acerca das questões mais relevantes da sociedade. Isso quer dizer que se forjou um ambiente em que, raras exceções, doutrina, juízes singulares e tribunais passaram a conceber o ativismo judicial como característica própria da jurisdição. Ou seja, majoritariamente, a atuação ativista do judiciário é apresentada como pressuposta, considerada uma solução para os problemas sociais ou uma etapa necessária e indispensável para o cumprimento do texto constitucional. Manifestações como estas demonstram exatamente a dramaticidade do problema a ser enfrentado.²⁰⁷

Esclarece ainda a autora, que o ativismo judicial nos Estados Unidos não está vinculado com a maior intervenção da Suprema Corte, pois o ativismo nesse país não se refere à defesa da Constituição em questões políticas, e sim, ao controle de constitucionalidade (*judicial review*).²⁰⁸

Bem por isso, afirma que não mais preponderam sistemas puros, constatando que na América Latina, o direito vem sofrendo influência marcante dos Estados Unidos, e que, no caso do Brasil, isso não é diferente, embora nosso País também tenha assimilado modelos europeus, acabou se transformando num estado de recepção, pois incorporou aspectos da doutrina norte-americana, sem observar suas

²⁰⁷ TASSINARI, C.. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. 2013. p. 25-6.

²⁰⁸ TASSINARI, C.. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. 2013.

especificidades. Isso, sem dúvida, leva ao que a autora denomina de miscigenação, fazendo com que os sistemas jurídicos acabem se aproximando.²⁰⁹

E invocando Marcos Paulo Veríssimo, salienta que, para um “ativismo judicial à brasileira”, considerado peculiar à nossa tradição jurídica, em face de duas transformações sofridas pelo Supremo Tribunal Federal, que fortaleceu seu papel político e teve acentuada sua carga de trabalho, decorrente do maior acesso ao Judiciário. Neste aspecto, diz a autora, “o ativismo judicial passa a ser identificado por uma questão numérica, isto é, para Verissimo, do processo de judicialização decorre um [...] judiciário ativista, que não se constrange em exercer competências de revisão cada vez mais amplas”.²¹⁰

Pondera a autora a partir daí, a respeito da necessidade de se distinguir ativismo judicial de judicialização da política, fenômenos distintos e muitas vezes considerados equivocadamente idênticos, tanto que ambos decorrem da promulgação do Texto Constitucional de 88, sendo portanto necessário diferenciar para compreender, pois ambos os institutos são empregados para demonstrar o grau de judicialização do direito brasileiro:

Por tudo isso, pode-se dizer que a judicialização apresenta-se como uma questão social. A dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do desejo ou da vontade do órgão judicante. Ao contrário, ele é derivado de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, que passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e deságuam no aumento da litigiosidade – característica da sociedade de massas. A diminuição da judicialização não depende, portanto, apenas de medidas realizadas pelo Judiciário, mas, sim, de uma plêiade de medidas que envolvem um comprometimento de todos os poderes constituídos.²¹¹

E na comparação com o ativismo judicial, esclarece Tassinari, que essa questão está intimamente ligada ao problema da constitucionalidade das leis, o qual foi textualmente previsto na Constituição Federal 88, estabelecendo papel estratégico aos juízes e tribunais, de onde se conclui que o controle de constitucionalidade brasileiro deriva do pacto democrático firmado pela Constituição. Citando outros autores, Tassinari pondera que “o ativismo judicial passa a ser identificado por uma questão numérica, isto é, para Veríssimo, do processo de

²⁰⁹ TASSINARI, C.. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. 2013.

²¹⁰ VERÍSSIMO, Marcus Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial à brasileira. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 4, v. 2, p. 407-40, jul./dez. 2008, p. 422.

²¹¹ TASSINARI, C.. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. 2013. p. 32

judicialização decorre um [...] ‘Judiciário ativista, que não se constrange em exercer competências de revisão cada vez mais amplas’.”²¹²

Entende a autora que o fenômeno do ativismo decorreu da supremacia que foi concedida ao judiciário, cujas competências extrapolaram de tal forma seu poder, causando um problema jurídico no contexto social e político do País, e que precisa ser revertido.²¹³

Nesse viés, não é difícil constatar que o pensamento de Tassinari não destoa do entendimento de Garapon, na medida em que concorda em grande parte com o autor francês a respeito de que a intensa atuação do judiciário acaba judicializando a política e colocando em risco a legitimidade democrática.

Assinala ainda Tassinari, mencionando Streck, que há um consenso entre os doutrinadores brasileiros, no sentido de que nosso país apresenta um sistema híbrido, por ter adotado o ativismo judicial característico do sistema jurídico de *common law*, por influência do direito norte-americano, estando, contudo, nosso direito, fundamentado na *civil law*. Porém, a situação não se definiu, segundo esclarece Lênio Streck, pois falta ao poder judiciário brasileiro, apresentar o que este autor denomina de “respostas constitucionalmente adequadas”, não sendo suficiente fundamentar suas decisões, as quais na verdade, precisam cumprir o texto constitucional, deixando de lado a discricionariedade e o ativismo judicial que vem sendo praticados, e fazendo com que o judiciário brasileiro assuma seu papel perante a sociedade, cumprindo seu compromisso com a Constituição. Segundo Streck, este constitui um dos desafios de nosso País na superação do positivismo jurídico.²¹⁴

Nesse aspecto, a autora também entende que o ativismo judicial, ainda que nos moldes do ativismo *à brasileira*, tornou-se um problema perigoso no âmbito do constitucionalismo democrático, pois vinculado a um ato de vontade do julgador. Diante disso, parafraseando Streck, acredita que a dogmática jurídica brasileira precisa ser repensada, através do que esse autor denomina de Crítica Hermenêutica do Direito, que estabelece como um de seus pressupostos, a construção de uma teoria da decisão judicial. Diante disso, Streck prevê a necessidade de respostas

²¹² TASSINARI, C.. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. 2013. p. 35

²¹³ TASSINARI, C.. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. 2013.

²¹⁴ STRECK, Lênio. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

constitucionalmente corretas a serem oferecidas pelos juízes, que devem fundamentar suas decisões com amparo no texto constitucional, superando a discricionariedade e preservando a autonomia do Direito, enfim, buscando uma nova teoria constitucional adequada às transformações ocorridas no constitucionalismo brasileiro. Para o autor, isso é fundamental, pois a partir da promulgação da Constituição de 1988, ocorreram grandes mutações no Direito constitucional, de onde surgiu a necessidade de uma teoria voltada ao contexto brasileiro. Só que, segundo Streck, por influência do ativismo norte-americano, além de outros fatores, nosso País acabou assimilando posicionamentos de outras culturas, o que resultou em verdadeira mixagem de teorias.²¹⁵

Dessa forma, dentro da teoria de Streck e analisada por Tassinari, doravante é preciso segurar o judiciário, que deve ser contido para não mais atuar, pois sua atuação precisa ser repensada, sendo este um desafio a ser vencido contra essa mutação pela qual vem passando, e que precisa ser combatida como um contramovimento ao ativismo. Ao que parece, lembra Tassinari, com a constitucionalização de todos os direitos na Carta de 88, delegando ao STF poderes irrestritos, o Judiciário está governando, posto que usando de seus poderes para atuar discricionariamente.

Como assinala Rosa²¹⁶: “[...] existe a necessidade de orgânica de convergências das práticas jurídicas e sociais aos regramentos constitucionais [...], estabelecendo-se, portanto, um sistema de garantias simultâneo de preservação e realização”.

Então, afirma Streck, citado por Tassinari²¹⁷,

[...] é nesse sentido que a proposta de Streck apresenta-se diferenciada: não consiste apenas em dar uma nova tônica à interpretação do Direito, mas em perceber que esta superação da discricionariedade somente é possível pela via de uma decisão judicial que esteja alicerçada sob pressupostos democráticos. Por isso, pôr em xeque o caráter discricionário da decisão implica outra pergunta fundamental: *como decidir?* O Constitucionalismo Contemporâneo responde bravamente a este questionamento com a construção de uma *teoria da decisão judicial*, compreendida como condição para se obter respostas constitucionalmente adequadas ao Direito.

²¹⁵ STRECK, L.. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2004.

²¹⁶ ROSA, Alexandre Moraes da. **Decisão penal**: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 93.

²¹⁷ STRECK, Lenio. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Posfácio p. 468

Portanto, na dicção de Tassinari, a teoria da decisão judicial proposta por Streck se estrutura em alguns suportes que se resumem: numa nova forma de *interpretação* constitucional na aplicação do direito; na *responsabilidade política* dos juízes, pois no dizer de Streck, como o Judiciário passou a decidir questões referentes a direitos sociais, o juiz está comprometido com a sociedade, de onde advém igualmente seu dever de *fundamentar* sua escolha para decidir, optando pela melhor interpretação do direito, o que redundará na *resposta constitucionalmente adequada*, formando, assim, os quatro elementos integrantes do Constitucionalismo Contemporâneo de Streck que devem enfrentar a discricionariedade e o ativismo judicial no Brasil.²¹⁸

Barroso também destaca como causa da judicialização da política constatada em nosso País, a redemocratização advinda da Constituição de 88, que estabeleceu as garantias da magistratura nacional, fazendo do Poder Judiciário um verdadeiro poder político, para ser o guardião da lei. Mas além dessa causa, outra também se fez presente, e que o autor denomina de *constitucionalização abrangente*, que a exemplo de outros países, trouxe para a magna carta, diversas matérias, antes de competência da legislação ordinária. Isso significa transformar política em direito, de acordo com o pensamento do autor. E por fim, esclarece que o sistema de controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil, seguiu o modelo americano, possibilitando que juiz ou tribunal deixe de aplicar lei ao caso concreto, quando a considere inconstitucional. Em com relação ao modelo europeu, nossa Constituição adotou o controle por ação direta, para imediata análise de matérias pelo Supremo Tribunal Federal, sem contar ainda, acentua o professor, o direito de ampla propositura de ação estabelecido no art. 103. Portanto, tais mecanismos permitiram à Corte Maior decidir questões de grande interesse para o País, cumprindo seu papel constitucional.

O autor considera como “primos” os institutos do ativismo judicial e da judicialização da política, que não se confundem, posto que não têm a rigor, a mesma origem, pois a judicialização decorre do próprio modelo constitucional, ou seja, da vontade do constituinte, enquanto o ativismo é uma maneira “expansiva” de interpretar a Constituição, diante da inércia do Poder Legislativo. Trata-se da participação mais ampla do Judiciário nos espaços dos demais Poderes, como por

²¹⁸ TASSINARI, C.. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. 2013.

exemplo, em caso de políticas públicas, via de regra pela abstenção do poder público, a fim de suprir-lhe as omissões.

Denomina de *auto-contenção judicial* o oposto do ativismo, que restringe a incidência do texto constitucional em favor das instâncias políticas, não sendo, contudo essa a tendência que vem seguindo nosso País, onde, ao contrário, a postura ativista vem crescendo e se impondo com destaque, a fim de atender às demandas da sociedade que o parlamento não consegue satisfazer. Contudo, o professor Barroso reconhece algumas objeções a essa intervenção judicial, que não apenas coloca em risco a legitimidade democrática, como também acaba judicializando indevidamente a política, intervindo ainda, na capacidade institucional do Poder Judiciário. A dúvida estaria na legitimidade do poder judiciário, para invalidar decisões de quem exerce mandato popular. Mas de acordo com o autor, o fundamento desse poder advém da própria Constituição Federal. Por outro lado, magistrados e ministros, ao aplicarem a constituição e as leis, na verdade estão validando o que foi dito pelo legislador.²¹⁹

E no tocante à natureza filosófica para justificar a atuação do judiciário na vida institucional, acentua Barroso que:

[...] a Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é o de estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância no poder. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário [...]. Aí está o segundo grande papel de uma constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. E o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. Seu papel é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios – não de política – e de razão pública – não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas.²²⁰

Esclarece ainda Barroso que, na qualidade de guardião da Constituição, o Judiciário deve respeitar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, contudo, esclarece que a democracia brasileira se depara com a crise desse Poder, o que está a exigir reforma política, a qual não pode ser feita por juízes.²²¹

²¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. 2008. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/publicacoes/12685_cached.pdf>. Acesso em: 26 maio 2014.

²²⁰ BARROSO, L.R.. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. 2008.

²²¹ BARROSO, L.R.. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. 2008. p. 19.

E por fim, complementa que o ativismo judicial passou a ser encarado como algo de positivo, inerente à jurisdição, para resolver os problemas sociais, além de ser uma forma indispensável para cumprir a Constituição Federal.²²²

Trindade analisando os desafios do protagonismo judicial, entende não haver dúvidas de que estamos diante de um paradigma que conduzirá a um novo modelo de Estado e, via de consequência, a um novo direito, de onde se conclui igualmente que se posiciona ao lado do procedimentalismo liderado por Garapon, destacando a necessidade de se buscar um novo paradigma jurídico, consoante manifestado pelo autor francês:

Os acontecimentos históricos ocorridos na Europa, durante o século XX, sobretudo a formação dos estados totalitários, resultaram no surgimento do Estado Constitucional de Direito e, conseqüentemente, de uma série de teorias jurídicas – fundadas nas mais diversas matrizes filosóficas – que pretendem explicar as transformações ocorridas no campo do direito. Essa evolução constitucional – que implica o fenômeno da constitucionalização dos ordenamentos jurídicos ao menos nos regimes democráticos – é um fato que, atualmente, nem mesmo os setores mais conservadores da doutrina ousam negar. Na verdade, a discussão reside justamente em saber se a transição do *Estado legislativo de direito* para o Estado constitucional de direito implica, necessariamente, o reconhecimento de um novo paradigma jurídico.²²³

E no tocante à celeuma envolvendo as duas posições analisadas, afirma Trindade que, entre todas as divergências que fazem parte da pauta do debate neoconstitucional, é possível identificar um sintoma que marca, profundamente, o direito do século XXI: o protagonismo judicial.

E uma vez que o Judiciário se tornou o garantidor dos direitos fundamentais, em decorrência da consolidação do Estado Constitucional de Direito, o ativismo substituiu o passivismo da jurisdição, exigindo do juiz funções destacadas nesse cenário jurídico, a partir dos novos modelos sociais implementados pela Magna Carta de 88, levando ao protagonismo judicial.

Segundo o referido autor, o marco da expansão do Poder Judiciário e, via de consequência, da judicialização da política, foi a Segunda Guerra Mundial, a partir de quando veio à tona uma verdadeira virada no constitucionalismo contemporâneo latino-americano, com a transição do passivismo para o *ativismo judicial*, única forma

²²² BARROSO, L.R.. Título Capítulo. In: TASSINARI, C.. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. 2013. p. 26.

²²³ STRECK, L.L.; FERRAJOLI, L.; TRINDADE, A.K.. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. 2012. p. 95.

que os Estados encontraram para que o direito acompanhasse as transformações pós-industriais.²²⁴

E acentua, que o fenômeno do ativismo judicial acaba sendo perigoso para as democracias constitucionais, porque os tribunais se recusam a limitar sua atuação dentro dos limites lhe impostos pela Constituição, resultando na judicialização da política influenciada por teorias externas afastadas da realidade jurídica brasileira.²²⁵

Mas Trindade indaga de que forma esse protagonismo judicial decorrente da diminuição do espaço da legislação, poderá efetivamente garantir os direitos fundamentais previstos na Constituição, sem que uma forma de controle sobre as decisões judiciais venha a ser concretizada, pois essa expansão do judiciário poderá causar danos irreversíveis à democracia. Para isso, o autor propõe uma teoria de decisão, a fim de adequar o ativismo ao garantismo que defende, em favor da democracia constitucional.²²⁶

Portanto, de acordo com o entendimento do autor, para concretizar os direitos fundamentais, os juízes, em consequência desse ativismo, acabaram se tornando detentores de um poder discricionário que lhes possibilita, em última análise, decidir contrariamente à lei, para fazer justiça, isto é, invocar o *justo* contra a própria *lei*. Na verdade, essa mudança adveio de uma luta contra o positivismo legalista, só que, para o autor, a situação acabou indo de encontro a um extremismo, porquanto o *juiz boca da lei* foi substituído pelo *juiz que pondera princípios*, e que decide de acordo com sua consciência, de forma totalmente subjetiva, tecendo valores que ele adquiriu de maneira totalmente pessoal, o que Trindade denomina de *decisionismo* na aplicação do direito. Portanto, o que antes era um mero ato mecânico de aplicação da lei ao caso concreto, ganhou uma dimensão desproporcional, pois o juiz, ao decidir de maneira discricionária estaria extrapolando seu poder, distribuindo uma justiça amparada em critérios subjetivos, exercendo assim, um verdadeiro governo. Assim, o ativismo, também chamado de protagonismo judiciário, governo

²²⁴ STRECK, L.L.; FERRAJOLI, L.; TRINDADE, A.K.. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. 2012.

²²⁵ STRECK, L.L.; FERRAJOLI, L.; TRINDADE, A.K.. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. 2012.

²²⁶ STRECK, L.L.; FERRAJOLI, L.; TRINDADE, A.K.. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. 2012.

de juízes, tentação de uma justiça redentora, conduz a uma tensão política, expressando a rivalidade de forças sociais diferentes.²²⁷

Isto porque, esclarece Trindade, no paradigma do Estado Constitucional de Direito, existe certa unanimidade no sentido de que a atividade dos juízes, especialmente no que se refere ao ato decisional, não dispõe de *liberdade absoluta* e tampouco de *livre convicção*, mas se encontra limitada pela lei e vinculada à Constituição.²²⁸

E conclui Trindade citando Tassinari, que

[...] a partir de uma visão panorâmica, que correlaciona teoria do direito brasileira e norte-americana e constitucionalismo democrático, é possível perceber que, no Brasil, sob o manto do ativismo judicial, a doutrina produziu uma leitura bastante peculiar sobre a atividade jurisdicional que se manifesta em oscilações de aproximação e afastamento, sem qualquer pudor, entre a cultura jurídica do Brasil e a dos Estados-Unidos. Com isso, não apenas se formou um imaginário sobre como pode ser teoricamente compreendido o exercício da jurisdição, mas também se influenciou diretamente a atuação de juízes e tribunais na contemporaneidade. Não seria demasiado afirmar, assim, que o atual contexto é marcado por um ativismo judicial à brasileira.²²⁹

Nessa esteira, cumpre mencionar Ferrajoli, também mencionado por Trindade, e que defende o constitucionalismo garantista, como novo paradigma jurídico e democrático, que tem como premissa a tensão entre liberdade e poder, opondo-se ao autoritarismo político e ao ativismo judicial, ambos incompatíveis com a democracia constitucional.

E acrescenta Trindade, que na cruzada contra o ativismo, as exigências que devem nortear a decisão judicial ainda precisam ser respondidas pelo garantismo, através de uma teoria a ser ainda elaborado por doutrinadores, e bem por isso, o autor entende que Ferrajoli se aproxima de Streck, pois em que tradições diferentes, o pensamento de ambos se aproxima, pelo fato de que combatem o ativismo em defesa do efetivo cumprimento das normas constitucionais, em favor de uma ressignificação dos princípios que deve preceder a teoria da decisão judicial,

²²⁷ STRECK, L.L.; FERRAJOLI, L.; TRINDADE, A.K.. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. 2012.

²²⁸ STRECK, L.L.; FERRAJOLI, L.; TRINDADE, A.K.. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. 2012.

²²⁹ TASSINARI, C.. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. 2013. p. 107.

cabendo à doutrina a fiscalização das atividades dos tribunais, criticando suas decisões.²³⁰

Então, nesse panorama, o que se colhe do diálogo entre alguns doutrinadores brasileiros sobre a proposta de Garapon, a respeito do ativismo judicial, é que todos concordam que o fenômeno ganhou força no Brasil, saindo de um passivismo, a partir da Constituição de 88, cujas promessas incentivaram o cidadão a se tornar dependente do Estado do bem-estar, alargando os horizontes sociais, em direção às pretensões igualitárias deduzidas na Constituição Cidadã. A consequência foi o agigantamento do Poder Judiciário, decorrente da invasão da política e da sociedade pelo direito. E nesse contexto, o juiz se tornou o principal ator e intérprete do direito na vida social.

3.2 O PROCEDIMENTALISMO ENCAMPADO POR GARAPON E O SUBSTANCIALISMO DEFENDIDO POR CAPPELLETTI

Marcellino Jr., amparado em Vianna e em Streck, destaca a importância no Brasil de hoje, da discussão sobre o papel político do poder judiciário e sua postura intervencionista, bem assim de sua ilegitimidade quando é chamado a decidir questões políticas. Para isso, o referido autor propõe a análise das duas propostas doutrinárias que abordam a matéria a partir de eixos opostos: o *substancialismo*, defendido por Cappelletti, juntamente com o Dworkin, os quais defendem uma postura mais ativa do judiciário frente à sociedade, de modo a garantir o cumprimento da constituição; e o *procedimentalismo* encampado por Garapon-Habermas, que preconizam, em contrapartida, como negativa a ingerência do judiciário na vida pública, pois os juízes não estariam preparados para esse mister e nem a justiça pode ser vista como redentora da verdade, sob pena de sério desvirtuamento da democracia.²³¹

Marcellino Jr. esclarece, contudo, não ter intenção de estabelecer qual das duas correntes seria melhor ou pior, e sim, objetiva tão somente facilitar a

²³⁰ STRECK, L.L.; FERRAJOLI, L.; TRINDADE, A.K.. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. 2012.

²³¹ MARCELLINO JUNIOR, J.C.. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**: (des)encontros entre economia e direito. 2009.

compreensão da matéria e destacar a falsa assertiva da neutralidade do juiz, buscando de outro vértice, a efetivação dos direitos fundamentais.²³²

Esclarece o autor, que os procedimentalistas se mostram contrários ao ativismo judicial, caracterizado pela expansão jurídica universal, com a intervenção do juiz na vida social e na política, pois segundo argumentam eles, a invasão da política pelo Direito, mesmo que em nome de pretensões igualitárias, provocaria o enfraquecimento da democracia, com a perda da liberdade; o gozo passivo dos direitos; a privatização da cidadania; e o paternalismo estatal, que em nada favorece uma cultura cívica voltada ao fortalecimento das instituições democráticas.²³³

Também mencionando Garapon, Marcellino Jr. esclarece que essa ingerência interventora do poder judiciário sobre a sociedade e a política, conduz ao inevitável enfraquecimento da democracia representativa:

[...] o excesso de Direito pode desnaturalizar a democracia; o excesso de defesa, paralisar qualquer tomada de decisão; o excesso de garantia pode mergulhar a justiça numa espécie de adiamento ilimitado. De tanto ver tudo do prisma deformador do Direito, corre-se o risco de criminalizar os laços sociais e de reativar o velho mecanismo sacrificial. A justiça não pode colocar-se no lugar da política; do contrário, arrisca-se a abrir caminho para uma tirania das minorias, e até mesmo para uma espécie de crise de identidade. Em resumo, o mau uso do Direito é tão ameaçador para a democracia como seu pouco uso.²³⁴

Pondera Marcellino Jr., a partir do entendimento de Garapon, que a democracia, nos últimos anos, vem emigrando do legislativo para o judiciário, em busca de soluções para um cidadão decepcionado e sofredor, levando a uma atuação intensa da justiça na vida pública, de modo que o juiz passou a personificar o guardião da moral pública, não estando, contudo preparado para tal função, e nem o judiciário poderia libertar quem quer que seja, diante da inoperância do Legislativo e da inefetividade do Estado.²³⁵

O espaço simbólico da democracia emigra silenciosamente do Estado para a Justiça. Em um sistema provedor, o Estado é todo-poderoso e pode tudo a preencher, corrigir, suprir. Por isso, diante de suas falhas, a esperança se volta para a justiça. É então nela, e, portanto, fora do Estado, que se busca a consagração da ação política. O sucesso da justiça é inversamente

²³² MARCELLINO JUNIOR, J.C.. **Princípio constitucional da eficiência administrativa:** (des)encontros entre economia e direito. 2009.

²³³ MARCELLINO JUNIOR, J.C.. **Princípio Constitucional da eficiência administrativa:** (des)encontros entre economia e direito. 2009. p. 164.

²³⁴ MARCELLINO JUNIOR, J.C.. **Princípio Constitucional da eficiência administrativa:** (des)encontros entre economia e direito. 2009. p. 162.

²³⁵ GARAPON, A.. **Le gradien des promesses:** justice et démocratie. 1996.

proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público.²³⁶

E nessa senda, prossegue:

É preciso romper, alerta o autor, com a crença de que através do poder judiciário poder-se-ia alcançar um acesso direto e redentor a uma verdade sacralizada judicialmente, que a todos libertaria frente à escravidão proporcionada por um Legislativo em crise, e um Estado insuficiente, inefetivo e esgotado. Não seria o juiz, com os riscos de súbitos desvios populistas e de pretensões messiânicas, que salvaria a democracia. Crê o autor, que somente com procedimentos deliberativos livres de formação da opinião pública, sem interferência de ativismos judiciais e de uma mídia monopolizadora da informação, aliados ao fortalecimento da cidadania através de uma tomada de consciência política, poder-se-ia estabelecer um padrão nacional e coerente de democracia.²³⁷

Acrescenta Marcellino, ainda com amparo em Garapon, que a crença de que o judiciário possa ser a salvação, pelo fato dos poderes legislativo e executivo estarem desacreditados e atuarem de forma ineficiente, pois o juiz não teria como resolver os problemas do Estado e nem fundar uma nova democracia, o que somente poderá ocorrer sem a interferência de ativismos, e sim com o desenvolvimento de uma consciência política da própria sociedade, com o fortalecimento da cidadania, através do exercício consciente dos deveres cívicos de cada cidadão. Portanto, essa busca pela igualdade através do direito acaba trazendo consequências indesejáveis para a própria democracia, pois a liberdade, como direito fundamental do homem passa a ser relegada a segundo plano, e a cidadania, por sua vez, sufocada pelo paternalismo estatal, conduz à perda da consciência política.²³⁸

Conclui-se, pois, que Marcellino Jr. comunga do entendimento de Garapon, a respeito de que, em decorrência desse ativismo, o centro de atuação da democracia tem se deslocado do legislativo para o judiciário, levando este a interferir ativamente na vida pública, de modo que o juiz da atualidade não está preparado para personificar a figura ultraindependente do guardião da moral e nem ser o apanágio

²³⁶ MARCELLINO JUNIOR, J.C.. **Princípio constitucional da eficiência administrativa:** (des)encontros entre economia e direito. 2009. p. 163.

²³⁷ MARCELLINO JUNIOR, J.C.. **Princípio constitucional da eficiência administrativa:** (des)encontros entre economia e direito. 2009. p. 163.

²³⁸ MARCELLINO JUNIOR, J.C.. **Princípio constitucional da eficiência administrativa:** (des)encontros entre economia e direito. 2009.

da justiça redentora, nociva à sociedade, por trazer consequências que não favorecem a democracia.²³⁹

Portanto, o posicionamento dos procedimentalistas, como Garapon, não se distancia daquilo que pretende esclarecer Vianna, a respeito da judicialização da política no Brasil, como se tratando do resultado da adoção de um modelo de controle abstrato da constitucionalidade das leis, que foi confiado ao Supremo Tribunal Federal, inovação esta que não pode ser creditada nem à vontade da sociedade civil, nem a uma proposta do Poder Judiciário, mas às ações diretas de inconstitucionalidade que vêm sendo reconhecidas como importante instrumento de defesa de direitos fundamentais.²⁴⁰

Parafraseando Vianna, esclarece Marcellino Jr. que para os procedimentalistas, a invasão da política e da sociedade pelo Direito, decorrente do agigantamento do poder judiciário provoca um perigoso desestímulo para uma ação voltada a fins cívicos, fazendo sucumbir a proposta de uma cidadania ativa, em detrimento do Estado do bem-estar, que acabou ensejando a “privatização da cidadania”.²⁴¹

Destaca ainda o autor, que na verdade, o Estado do bem-estar contribui acentuadamente para criar o paradigma da igualdade, incentivando o cidadão-cliente a depender cada vez mais do Estado, privatizando a cidadania e, em decorrência disso, esse paternalismo estatal conduziu à passividade cívica. Portanto, a partir dos comentários de Vianna, o autor acredita que a justiça distributiva na busca da igualdade, em detrimento da própria liberdade, também foi um fator responsável pelo enfraquecimento da democracia e a judicialização da política.²⁴²

E esclarece mais Vianna:

Em torno do Poder judiciário vem se criando então, uma nova arena pública, externa ao circuito clássico “sociedade civil- partidos – representação – formação da vontade majoritária”, consistindo em ângulo perturbador para a teoria clássica da soberania popular. Nessa nova arena, os procedimentos políticos de mediação cedem lugar aos judiciais, expondo o poder judiciário

²³⁹ GARAPON, A.. *Le gardien des promesses justice et démocratie*. 1996.

²⁴⁰ VIANNA, Luiz Wernneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, setembro 1999.

²⁴¹ VIANNA, LW.. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, setembro, 1999.

²⁴² MARCELLINO JUNIOR, J.C.. **Princípio constitucional da eficiência administrativa: (des)encontros entre economia e direito**. 2009.

a uma interpelação direta de indivíduos, de grupos sociais e até de partidos – como nos casos de países que admitem o controle abstrato de normas - e, um tipo de comunicação em que prevalece a lógica dos princípios, do direito material, deixando-se para trás as antigas fronteiras que separavam o tempo passado, de onde a lei geral e abstrata hauria seu fundamento, do tempo futuro, aberto à inflação do imaginário, do ético e do justo. Tal contexto institucional dominante, em maior ou menor medida nos países ocidentais, além de expressar um movimento de invasão do direito na política e na sociabilidade, tem dado origem a um novo personagem da *intelligentzia*: os magistrados e os membros do Ministério Público. “Guardiões das promessas”; na qualificação de Garapon, em meio ao mundo laico dos interesses e da legislação ordinária, seriam os portadores das expectativas de justiça e dos ideais da filosofia que, ao longo da história do Ocidente, se teriam naturalizado no campo do direito.²⁴³

A respeito do posicionamento de Garapon, para quem os magistrados são os “guardiões das promessas”, Vianna acentua que os juízes são os portadores das expectativas de justiça e dos ideais da filosofia, como consequência do movimento de invasão do direito na política e na sociedade. Contudo, as avaliações a respeito da liberdade nesse processo de invasão do direito, são divergentes, pois, de um lado, de acordo com o estudo de Tocqueville a respeito da democracia, o avanço da igualdade acabaria provocando o esvaziamento dos ideais, além de desestimular a cidadania social, pois esta somente trará bons frutos, se acompanhada de uma cidadania ativa.²⁴⁴

E adverte ainda Vianna que, de acordo com o entendimento dos seguidores do eixo procedimentalista, a invasão da política pelo direito, sendo admitida, levaria à perda da liberdade, pois os indivíduos se tornariam clientes do Estado, este exercendo um verdadeiro paternalismo estatal:

De instituição negativa e punitiva, a justiça passaria a ocupar papéis positivos e construtivos – de instituída, ela se converteria em instituinte. A justiça assumiria o lugar da política, na falta desta. A paixão atual pelo direito estaria mascarando o que há de ilusório em se conceber, sem a presença da política, a ideia da boa sociedade, paralisando os homens na espera de um estado idílico da natureza [...]. A judicialização da sociedade desinstitucionalizaria a democracia, marginalizando as instituições de mediação – as associações e os partidos políticos. [...]. Ao cidadão sucede a sua versão judiciária: o sujeito de direitos. [...]. A incontida expansão do direito seria um indicador de “malaise” nas sociedades atuais [...]. O direito se colocaria como a última moral comum de uma sociedade que estaria dela destituída. [...]. O papel inovador do juiz estaria, portanto, não na política, mas na reestruturação do tecido da sociabilidade [...], o juiz procederá como engenheiro, o terapeuta social, comportando-se como foco de irradiação da democracia deliberativa. [...] Não é, sustenta Garapon, em

²⁴³ WERNNECK VIANNA, L. et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 1999. p. 22-3

²⁴⁴ MARCELLINO JUNIOR, J.C.. **Princípio Constitucional da eficiência administrativa: (des)encontros entre economia e direito**. Florianópolis: Habitus Editora, 2009.

direção a um Estado-providência e à sua burocracia para onde se deve ir, mas rumo aos recursos próprios do grupo social [...], para ajudá-los a encontrar, em suas relações sociais, a melhor solução para os problemas que os afligem [...].²⁴⁵

E prossegue citando Garapon:

As sociedades democráticas – entendidas por Garapon em sentido rigorosamente tocquevilleano, como aquelas que sediam a igualdade de condições em seu coração – conheceriam um movimento total, absoluto, universal de migração do lugar simbólico da democracia para o da Justiça: em um sistema providencial, o Estado é todo-poderoso, podendo a tudo satisfazer, remediar, atender. Daí que, diante de sua decadência, as esperanças nele depositadas se transfiram para a Justiça. Doravante é nela, e, via de consequência, fora do Estado, que se encaminha a realização da ação política [...].²⁴⁶

Adentrando ao polo oposto do entendimento capitaneado por Garapon, dito procedimentalista, é importante retomar a análise que Marcellino Júnior faz a respeito do eixo substancialista, encabeçado pelo italiano Mauro Cappelletti e, em parte por Dworkin, seguidos também por outros autores brasileiros, que percebem no poder judiciário, um “agigantamento do direito legislativo no Estado moderno, que fora estendido a domínios antes ignorados pela lei”,²⁴⁷ decorrente da insuficiência do ordenamento dogmático existente, ampliando, assim, a atividade discricionária do juiz em sua função interpretativa e criadora, objetivando aproximar-se da realidade social.

Essa seria, segundo expõe Marcellino Jr., a visão de Cappelletti, para quem o magistrado deve assumir nova postura frente à sociedade, cuja complexidade atual está a exigir do juiz soluções mais dinâmicas e inovadoras, a fim de oferecer uma justiça à altura das demandas crescentes, não podendo mais se limitar ao positivismo da lei, e sim, aproximar o judiciário dessa nova realidade social, suprindo assim, as carências do poder executivo e do legislativo, desgastados e inoperantes.²⁴⁸

²⁴⁵ VIANNA, L. W. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. In: GARAPON, Antoine; SALAS, Denis. (Orgs.). **Droit et Morale dans une démocratie d'opinion, la justice et le mal**. Paris: Ed. Odile Jacob, 1997. p. 200.

²⁴⁶ VIANNA, L. W. et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 1999. p. 25

²⁴⁷ MARCELLINO JÚNIOR, J.C.. **Princípio constitucional da eficiência administrativa: (des)encontros entre economia e direito**. 2009. p. 165-67.

²⁴⁸ MARCELLINO JÚNIOR, J.C. **Princípio constitucional da eficiência administrativa: (des)encontros entre economia e direito**. 2009.

Cappelletti também se refere ao que chama de ‘terceiro gigante’, como sendo esse novo Poder Judiciário, cujo papel não se confunde com a função legislativa. E explica:

Os juízes estão constrangidos a serem criadores do Direito, lawmakers. Efetivamente, eles são chamados a interpretar e, por isso, inevitavelmente, a esclarecer, integrar, plasmar e transformar, e não raro a criar ex novo o Direito. Isto não significa, porém, que sejam legisladores [...]. Mas diverso é o modo, ou se prefere o procedimento ou estrutura desses dois procedimentos de formação do Direito, e cuida-se da diferença que merece ser sublinhada para se evitar confusões e equívocos perigosos. O bom juiz pode ser criativo, dinâmico, ativista e como tal manifestar-se; no entanto, apenas o juiz ruim agiria com as formas e as modalidades do legislador, pois a meu entender, se assim agisse deixaria simplesmente de ser juiz.²⁴⁹

Cappelletti acredita que os magistrados acabam criando direito em sua função judicante, o que favorece assim, o preenchimento das lacunas da lei ou de sua insuficiência ao interpretar a lei, agindo, portanto, com discricionariedade ao fazer escolhas, o que, segundo ele, não significa agir com arbitrariedade e sim, com responsabilidade, fazendo valorações tais, que o conduzam a um resultado prático e com implicações morais de sua escolha e pela qual deve se responsabilizar. Seria, portanto, uma função interpretativa e criadora do magistrado, que deve sim intervir em todos os segmentos da sociedade, integrar, esclarecer, transformar, visando oferecer respostas mais condizentes com os problemas complexos da atualidade. Bem por isso, Cappelletti fala nesse terceiro gigante que representa o poder judiciário.

Contudo, acentua que o juiz não está livre de vínculos em sua atividade criadora do direito, pois deve preservar a juridicidade em suas interpretações.

E enfatiza, que em decorrência do ativismo judicial o juiz se vê compelido a ampliar sua atividade, de maneira que deve ele interpretar e criar novos direitos que respondam aos anseios do indivíduo, aproximando assim o direito da realidade social, ao mesmo tempo em que deve cumprir seu papel primordial de julgador.²⁵⁰

E diz mais esse autor, que o Poder Judiciário, que ele chama de verdadeiro Direito Judiciário, não se compara ao Legislativo, pois os papéis de um e de outro não se confundem, já que, se o juiz pretendesse agir como legislador, deixaria de ser juiz. Por outro lado, rebate o entendimento de quem alega que esse processo de interpretação por parte do juiz levaria à ingerência deste na política, o que seria

²⁴⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: SAFE, 1999. p. 47

²⁵⁰ CAPPELLETTI, M.. **Juízes legisladores?** 1999.

antidemocrático. O autor justifica que tal não ocorreria, levando-se em conta que a democracia implica também em participação, e que o judiciário pode dar grande contribuição à democracia, mesmo sendo ativo e criativo, pois o juiz, ao criar a norma, na verdade estaria efetuando uma “decisão de escolha”, desde que saiba preservar o chamado sistema de *checks and balances*, em face dos demais poderes.

Portanto, não se trata de ingerência no âmbito da política essa atividade criativa dos juízes, e muito menos pode ser qualificada da antidemocrática, a ponto de equiparar o juiz ao legislador, igualando as duas funções, ou que os juízes pudessem, apesar desse ativismo, pretender se assenhorar do domínio legislativo, como também argumentam alguns doutrinadores. Na verdade, para Cappelletti, os dois papéis não têm como se confundir, e, ao contrário, o autor entende que o judiciário deve assumir uma postura mais ativista junto à sociedade, não somente para viabilizar o acesso à justiça, como também para atender a todas as demandas, sobretudo em defesa dos mais necessitados, exercendo uma verdadeira justiça social, já que, segundo ele, o poder executivo e o legislativo na verdade não revelam a vontade popular.²⁵¹

E por isso conclui que o Poder Judiciário se tornou um “terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o levianesco administrador”.²⁵²

Então, a partir da concepção substancialista de Cappelletti, o Judiciário seria o mecanismo de transformação social, capaz de tornar efetivos os direitos fundamentais inscritos na Constituição, como menciona Marcellino Junior.²⁵³

E nesse eixo substancialista, segundo com Vianna, o juiz se destaca como o principal intérprete do direito na prática social, conduzindo as novas relações entre direito e política, advindas da criação jurisprudencial do direito. Conclui que ambos os eixos reconhecem o Judiciário como a instituição estratégica nas democracias contemporâneas, garantindo a autonomia individual e cidadã.²⁵⁴

Rosa²⁵⁵ esclarece:

²⁵¹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** 1999.

²⁵² CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** 1999, p. 61

²⁵³ MARCELLINO JUNIOR, J.C.. **Princípio constitucional da eficiência administrativa:** (des)encontros entre economia e direito. 2009. p. 175

²⁵⁴ VIANNA, L.W. et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** 1999.

²⁵⁵ ROSA, A. M. da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material:** aportes hermenêuticos. 2011. p. 87.

[...] os substancialistas defendem a concretização dos Direitos Fundamentais constituídos e compartilhados pelos sujeitos na via do Poder Judiciário, enquanto os procedimentalistas propugnam uma atuação deste na garantia da participação no processo de tomada de decisões, retomando o sentido original de soberania popular.

Para Cittadino²⁵⁶,

[...] considerando a importância conferida ao papel desempenhado pelos tribunais na arquitetura do Estado Constitucional de Direito, o protagonismo judicial poderia ser visto positivamente se a atividade exercida pelos juízes não dependesse de juízos subjetivos fundados na ponderação de valores, não violasse o equilíbrio dos sistemas político e não resultasse em práticas arbitrárias que coloquem em risco os pilares estruturais da democracia constitucional: a garantia dos direitos fundamentais e a preservação do regime democrático e da soberania popular.

Por seu turno o norte-americano Dworkin, em sua posição liberal-contratualista, busca o rompimento com a tradição positivista, para construir um novo paradigma do Direito e cuja validade dependeria da aceitação de todos, e nessa função judicial, a relação entre o Direito a política torna-se inevitável, devendo, nos casos difíceis, o judiciário buscar as respostas adequadas e corretas.

Nesse sentido, afirma:

Democracia como vimos, significa também participação, tolerância, e liberdade. Um judiciário razoavelmente independente dos caprichos talvez momentâneos da maioria pode dar uma grande contribuição à democracia; e para isso em muito pode colaborar um judiciário ativo, ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de checks e balances, em face do crescimento dos poderes políticos, e também controles adequados perante os outros centros de poder (não-governativos ou quase governativos), tão típicos das nossas sociedades contemporâneas.²⁵⁷

Por outro lado, para Dworkin, os juízes não têm legitimidade democrática para adentrar ao campo político, por não serem eleitos, sendo esta uma primeira objeção do autor ao poder de criação jurídica por parte do magistrado.

Marcellino Junior esclarece o pensamento do jurista norte-americano:

[...] conforme adverte Dworkin, deve-se atentar às objeções tradicionais ao poder de criação jurídica por parte do magistrado. A primeira objeção é de que os juízes não possuiriam legitimidade democrática para adentrar no campo político, eis que não eleitos pela comunidade. E a segunda objeção

²⁵⁶ CITTADINO, Gisele. **Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes**. p. 18.

²⁵⁷ DWORKIN, R. O império do direito. In: MARCELLINO JUNIOR, J.C. **Princípio constitucional da eficiência administrativa: (des)encontros entre economia e direito**. 2009. p. 168.

é a de que os juízes, em criando o Direito, estariam retroagindo efeitos de uma previsão normativa que, à época dos fatos, inexistia. No entanto, Dworkin afirma que tais objeções perdem o sentido quando o juiz julga pautado por princípios. Utilizando os princípios como embasamento normativo, os juízes estariam justificando adequadamente suas decisões, de modo a engendrar soluções corretas frente às demandas de sua comunidade.²⁵⁸

Para complementar o entendimento, o autor se reporta a Rosa, para quem o Judiciário não seria a salvação de todos os problemas sociais, mas em meio a procedimentalistas e substancialistas, o cumprimento da Constituição no que se refere aos direitos fundamentais e na mesma perspectiva de Streck, constitui a única forma de transformação social, através do direito:

[...] o Judiciário, sem ser encarado como panacéia dos males sociais, deve assumir, mormente nos países periféricos, papel de incansável guardião da Constituição, especialmente, contra maiorias eventuais, maiorias essas que, especialmente no Brasil, onde o legislativo funciona calcado num sistema representativo esgotado e fadado ao fracasso, são tão frequentes para atender anseios que nem sempre representam o interesse coletivo.

E prossegue Rosa, apresentando a proposta formulada por Streck para o Estado Democrático de Direito, a partir de Dworkin, e aponta para um Judiciário que se debate entre garantir o mercado ou os direitos fundamentais, e para isso, convoca Vianna, como sociólogo capaz de esclarecer de que forma o juiz poderá enfrentar as novas demandas sociais que surgiram com a Constituição de 88, já que antes dela o Judiciário era completamente manietado pelo totalitarismo, passando então a ser a defesa da sociedade. Mas para Rosa, o constituinte, deliberadamente, elencou vasto rol de direitos sociais e fundamentais, cujas normas, por não serem auto-aplicáveis, acabaram sem efetivação, cabendo, portanto, ao Judiciário efetivar ditos direitos, daí decorrendo a figura da judicialização da política no Brasil.

Por outro lado, enfatiza o autor, que o crescimento do modelo neoliberal introduzido em nosso País, e o enfraquecimento crescente do Legislativo acabaram desestruturando o Estado, que apesar das promessas constitucionais intervencionistas, nunca foi um estado-providência, reduzindo-se às atividades necessárias básicas, sem cumprir os ideais propostos no Texto Constitucional.²⁵⁹

Portanto, de acordo com Marcellino Jr., Rosa insiste em que sendo o Judiciário o grande ator jurídico no processo democrático, deve exigir não apenas do

²⁵⁸ DWORKIN, R.. **Los derechos en serio**. 1989. p. 119.

²⁵⁹ ROSA, A.M.da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade materia**: aportes hermenêuticos. 2011.

poder Legislativo, mas também do Executivo, que desempenhem cada qual seu papel, bem como todos aos administradores públicos, para que os direitos fundamentais sejam cumpridos efetivamente, nos moldes estabelecidos na Constituição da República. Dessa forma, o autor abraça o garantismo preconizado por Ferrajoli, vendo no Poder Judiciário um verdadeiro mecanismo de transformação social.²⁶⁰

E nesse contexto, pondera que

[...] para o enfrentamento dessa tensão entre Poder Judiciário de um lado e Executivo coadjuvado pelo Legislativo de outro, tendo por objeto a agenda neoliberal e os Direitos Fundamentais, Wernneck Vianna propõe a divisão da postura de análise em dois eixos: substancialistas (Cappelletti-Dworkin) x procedimentalistas (Habermas-Garapon). Em linhas gerais, os substancialistas defendem a concretização dos direitos fundamentais constituídos e compartilhados pelos sujeitos na via do Poder Judiciário, enquanto os procedimentalistas propugnam uma atuação deste na garantia da participação no processo de tomada de decisões, retomando o sentido original de soberania popular.²⁶¹

Segundo Rosa, a posição do julgador diante dessas duas propostas, altera completamente a maneira de decidir, interferindo sobremaneira no processo democrático, além de criar uma tensão no judiciário, não preparado para esse novo papel social, mas que precisa se posicionar, a fim de serem definidos os rumos da democracia brasileira. Frisa também, que a magistratura necessita de controle exercido de forma democrática e não pelo caminho de interesses econômicos.²⁶²

Nesse passo, não há como ignorar o entendimento de Streck, que também subscreve, em parte, o modelo substancialista, combatendo os procedimentalistas, ao argumento de que estes, negando o *Welfare State*, afastam a ideia de Estado Democrático de Direito que representa implicitamente a perspectiva da realização dos direitos sociais, observando ainda, que a teoria garantista de Ferrajoli se aproxima do modelo substancialista, pelo valor que ambas conferem à Constituição.²⁶³

²⁶⁰ ROSA, A.M.da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade materia: aportes hermenêuticos**. 2011.

²⁶¹ MARCELLINO JUNIOR, J.C.. **Princípio Constitucional da eficiência administrativa: (des)encontros entre economia e direito**. 2009.

²⁶² ROSA, A.M.da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade materia: aportes hermenêuticos**. 2011.

²⁶³ STRECK, L.L.. Jurisdição constitucional e hermenêutica. In: MARCELLINO JUNIOR, J.C.. **Princípio Constitucional da eficiência administrativa: (des)encontros entre economia e direito**. 2009. p. 173.

Portanto, de acordo com Streck o pensamento dos procedimentalistas não incentiva o efetivo cumprimento dos direitos fundamentais consagrados na Constituição, razão da insurgência do autor, preferindo apoiar o garantismo pregado por Ferrajoli, que melhor se aproxima do modelo substancialista, esclarecendo, porém, que o fato de defender a tese substancialista, não significa apoiar o ativismo judicial, pois o que Streck pretende é que o poder judiciário, se afaste do modelo liberal-individualista-normativista, característico da dogmática jurídica brasileira, e venha a intervir no contexto social, buscando a efetividade dos direitos sociais inseridos no Texto Constitucional.

Por outro lado, também comunga do entendimento de Dworkin, no que se refere à necessidade de *respostas corretas* do judiciário, em se tratando de casos difíceis.

Contudo, entende Streck que no Brasil, além da constatada passividade do Poder Judiciário, a Constituição Federal não encontra efetividade nas decisões proferidas em todas as instâncias judiciais, e pior ainda, o legislativo se apresenta totalmente submisso ao executivo, que governa através do chamado *decretismo* ou “democracia delegada”, criando assim um verdadeiro dilema, razão pela qual o judiciário não poderia agir senão por meio de uma postura substancialista, para que a constituição seja cumprida, o que, segundo o autor, não importa em ativismo judicial, pois segundo conclui, nosso País não se caracteriza nem pelo modelo procedimentalista, nem pelo substancialista.²⁶⁴

Ao prefaciar a obra de Tassinari, Streck aborda a intensa e constatada judicialização no cenário nacional, levando o Plenário do Judiciário a decidir contendas pragmáticas, de grande interesse público, o que fez com que seu papel adquirisse nova dimensão na esfera política nacional, a ponto de alterar as regras do constitucionalismo e, via de consequência, a atuação dos juízes:

Com essa postura ativista do Judiciário, não apenas argumentos de política passaram a pregar os argumentos jurídicos, mas também o Judiciário passou a exercer este papel predatório do espaço político (e da moral), na medida em que, ao desrespeitar os limites materiais estabelecidos pela Constituição para sua atuação, acabou trazendo imensos prejuízos para a democracia. [...]. As peculiaridades da jurisdição brasileira fazem com que aumente a responsabilidade da comunidade jurídica. Isso quer dizer que o fenômeno da crescente judicialização – d’onde o ativismo vai ser a sua

²⁶⁴ STRECK, L.L.. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção Direito. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

vulgata – é também responsabilidade da doutrina, que, infelizmente, tem deixado de lado sua tarefa mais elementar: a de doutrinar. Caudatária das decisões tribunalícias, parcela considerável da doutrina tornou-se refém de um senso comum teórico, no interior do qual os juristas ainda estão assentados no velho esquema sujeito-objeto.²⁶⁵

E acentua Streck, que o ativismo vem a ser a configuração de um Poder Judiciário revestido de supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente, extrapolando seus poderes. Trata-se de um problema exclusivamente jurídico, gerado nesse contexto e que decorre de determinada postura assumida por um órgão ou pessoa na tomada de uma decisão que, por forma, é investida de juridicidade. Com isso dá-se um passo que está para além da percepção da centralidade assumida pelo Judiciário no atual contexto social e político, que consiste em observar/controlar qual o critério utilizado para decidir, já que a judicialização, como demonstrado, apresenta-se como inexorável.²⁶⁶

Ramos alerta para o fato de que, há que se ter presente que o espírito do *common law*, de um direito criado, a partir de casos julgados, interfere na maneira dos juízes e tribunais considerarem o direito legislado. Desse modo, além do fato de que em diversos segmentos da vida social a regulação continua a ser essencialmente judiciária, pode-se afirmar que, tanto na Inglaterra como nos Estados-Unidos, as leis são plenamente integradas no direito apenas quando o seu alcance foi determinado por decisões judiciárias, o que justifica a assertiva de Cappelletti de que, nos países da família anglo-saxônica, o direito legislativo é visto em certo sentido como fonte excepcional do direito.²⁶⁷

E complementa seu pensamento, afirmando que resta compreensível porque nos sistemas de *common law* se adota uma conceituação ampla de ativismo judicial, que abarca desde o uso da interpretação teleológica, de sentido evolutivo ou a integração de lacunas em que o poder judiciário atua de forma juridicamente irrepreensível, até as situações em que os limites impostos pelo legislador são claramente ultrapassados, configurando-se, pois, desvio de função por parte do órgão jurisdicional. [...] o ativismo é elogiado por proporcionar a adaptação do direito diante de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas, em contraposição ao passivismo que, guiado pelo propósito de respeitar as opções do legislador ou

²⁶⁵ TASSINARI, C.. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. 2013. Prefácio

²⁶⁶ TASSINARI, C.. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: limites da atuação do Judiciário. 2013. p. 56.

²⁶⁷ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 109.

dos precedentes passados, conduziria à estratificação dos padrões de conduta normativamente consagrados. Na medida em que, no âmbito do *common law* se franqueia ao Poder Judiciário uma atuação extremamente ativa no processo de geração do direito, torna-se bem mais complexa a tarefa de buscar, no plano da dogmática jurídica, parâmetros que permitam identificar eventuais abusos da jurisdição em detrimento do Poder Legislativo.²⁶⁸

Para finalizar, constata-se que em matéria de ativismo judicial, o Judiciário brasileiro vem recepcionando o fenômeno oriundo dos Estados-Unidos, embora nosso sistema jurídico seja de tradição civil law, onde o positivismo enfatiza a importância da legislação, há que se referir que a lei tem seu papel destacado nas decisões judiciais, estas, por força da determinação constitucional, devem ser essencialmente justificadas, o que não é o caso, por exemplo, do sistema francês, onde impera historicamente o positivismo, desobrigando o juiz de fundamentar suas decisões, bastando que aplique a lei ao caso concreto, consoante destacado por Garapon.

E acentua ainda, que, sendo a justiça democrática, precisa contudo resolver a contradição entre liberalismo e democracia. Então, a justiça está a serviço da democracia, mas é aristocrática em seus métodos. Essa contradição foi solucionada de maneira totalmente diversa nas tradições de *common law* e de *civil law*, posto que na primeira, a presença democrática é assegurada pelo júri, e na segunda, pelo legislador.²⁶⁹

E não há dúvida de que ambas sejam democráticas, embora apresentem garantias diferentes, tanto que as ideias de liberdade, igualdade, imparcialidade e dignidade tenham sentidos diferentes nas duas culturas, na medida em que a história de cada uma advém de inúmeros fatores, tais como religiões e percepção de Estado, filosofias políticas.²⁷⁰

Finalizando esse capítulo, é de importância que se mencione a respeito da oposição feita na França, contra Garapon, através do posicionamento de Cadiet, para quem a americanização do direito e da justiça encontram amparo na tese de

²⁶⁸ RAMOS, E.S. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2010. p. 110.

²⁶⁹ GARAPON, A.; PAPAPOULOS, I.. **Julgar nos Estados Unidos e na França cultura jurídica Francesa e common law em uma perspectiva comparada**. 2008. p. 144.

²⁷⁰ GARAPON, A.; PAPAPOULOS, I.. **Julgar nos Estados Unidos e na França cultura jurídica Francesa e common law em uma perspectiva comparada**. 2008. p. 262.

Garapon, tecendo críticas a este, afirmando inexistir qualquer temor com relação à pretensa americanização das práticas jurídicas referentes à justiça francesa.

Contudo, como é de sabença para quem estuda o pensamento de Garapon, este não faz qualquer alusão à suposta “americanização” do direito francês, como lhe atribui equivocadamente, Cadiet.²⁷¹

A hipótese de americanização da justiça francesa dificilmente ocorrerá, bastando analisar dois aspectos mais comumente invocados, que são as práticas sociais, que estariam, de acordo com a sociedade americana, cada vez se tornando mais contenciosas, e as práticas jurídicas, levando a um governo dos juízes, tal como nos Estados Unidos. Mas para o autor, isso está totalmente fora da realidade francesa.²⁷²

Portanto, Cadiet não acredita que a França, antiga de quase dez séculos e com seu direito editado de cima, verticalmente, ao contrário do direito americano, que foi negociado no seio da sociedade civil ao longo de dois séculos, possa se deixar converter por esse sistema. Segundo ele, as razões do aumento do contencioso na França ocorreram em virtude da dilação no oferecimento do direito e na abertura cada vez mais fácil do acesso à justiça.²⁷³

O autor também indaga até que ponto isso foi favorável ou não e conclui que os males foram maiores do que os benefícios, pois, apesar dessa judicialização em delírio não poder ser ignorada, não é o caso de tanta preocupação na França, onde o aumento dos processos não atingiu esse delírio, levando-se em conta que o país dispõe dos meios para regular eventuais excessos. Ademais, afirma,

[...] os juízes franceses se encontram suficientemente armados com os códigos de que dispõem, além de disporem de outras medidas judiciais para

²⁷¹ CADIET, Loïc. L'hypothèse de l'américanisation de la justice française. Mythe et réalité. **L'américanisation Du Droit**, v. 45, 2001.

²⁷² CADIET, Loïc. L'hypothèse de l'américanisation de la justice française. Mythe et réalité. **L'américanisation Du Droit**, v. 45, 2001. p. 90. “L'hypothèse de l'américanisation de la justice française peut difficilement être déclinée sur toute la gamme des principaux terrains où elle est supposée se manifester. Il suffit d'envisager les deux aspects les plus communément évoqués pour lui donner corps: dans l'ordre des pratiques sociales, la société française deviendrait, à l'instar de la société américaine, une société de plus en plus contentieuse; dans celui des pratiques judiciaires, elle serait de plus en plus le siège, comme aux États-Unis, d'un gouvernement des juges. Mon propos n'est pas de trancher entre détracteurs et thuriféraires de l'américanisation, mais de les renvoyer carrément dos à dos car l'hypothèse de cette américanisation de la justice me paraît largement dénuée de la réalité. Qu'ils soient l'expression d'un engouement ou d'une crainte, l'argument de la société contentieuse comme celui du gouvernement des juges me semblent aussi fantasmagiques l'un que l'autre”. Tradução de Denise Helena Schild de Oliveira

²⁷³ CADIET, L.. **L'hypothèse de l'américanisation de la justice française**. 2001.

regular os conflitos, tais como a conciliação das partes, normalmente confiada a um terceiro de sua confiança.²⁷⁴

Por outro lado, o aumento do contencioso atinge todos os países desenvolvidos e não apenas os Estados Unidos e as estatísticas devem ser analisadas com cuidado.

Na verdade, o problema na França é muito mais de falta de meios à disposição das instituições judiciárias do que propriamente do aumento do número de processos. E ainda, o juiz francês não é um espectador passivo da querela judiciária, como naquele País. Acentua também Cadiet, que seja na França ou nos Estados Unidos ou em outro país, o fenômeno deve-se ao desenvolvimento dos direitos políticos, civis, econômicos e sociais, o que motivaram o acesso dos cidadãos ao direito de forma ampla.²⁷⁵

Dessa forma, para Cadiet, o problema do aumento do contencioso na França é de natureza diversa daquele da nação americana, levando-se em conta que o direito não faz parte da cultura francesa, que é mais administrativa do que jurídica, devendo os advogados americanos serem comparados não aos advogados franceses, mas sim aos antigos alunos (*énarques*) da escola nacional de administração francesa. Com base nisso, o autor entende temerária a afirmação de que a sociedade francesa corra o risco de americanizar-se, uma vez que cada Estados têm sua cultura e peculiaridades com relação ao direito e à maneira de encarar o tratamento dos conflitos.²⁷⁶

E quanto ao mito dos governos dos juízes, acentua o autor em comento, que é preciso desconfiar da ideia de um poder judiciário dotado de uma autoridade superior a todas as outras, mas ele não crê nessa hipótese, em que pese o crescimento inegável do poder dos juízes, isso não pode ser considerado um governo dos juízes, devendo, portanto, ser relativizado, segundo Cadiet, que se diz um otimista nato afirma que os juízes ocupam na cultura americana um lugar que

²⁷⁴ CADIET, L.. **L'hypothèse de l'américanisation de la justice française**. 2001. p. 92. "Tout au plus pourrait-on s'interroger sur le point de savoir s'il faut y voir un bien ou un mal. La référence à l'américanisation, qui est plutôt conçue comme une marque de péjoration, conduirait à y voir un méfait plus qu'un bienfait. [...]. Sans être la marque d'un optimisme dangereusement bât, mon sentiment est davantage qu'en France, la libération croissante du procès ne va pas jusqu'au délire de la procédure car le droit français dispose, par ses juges ou hors ses juges, des moyens propres à réguler les excès éventuels. [...]. Le juge français que les codes français de procédure arment suffisamment pour lui permettre de veiller au bon déroulement de l'instance [...]". tradução de Denise Helena Schild de Oliveira

²⁷⁵ CADIET, L.. **L'hypothèse de l'américanisation de la justice française**. 2001.

²⁷⁶ CADIET, L.. **L'hypothèse de l'américanisation de la justice française**. 2001.

não pode ser comparado àquele da cultura francesa. Ao juiz americano tudo pode ser indagado, inclusive com relação à política e todos os assuntos que interessam à sociedade. Na França, o ativismo judicial é mais técnico do que político, se caracterizando pelo poder de intervir no regramento jurídico dos conflitos e na matéria do litígio, não podendo o juiz francês tomar decisões políticas.²⁷⁷

Na verdade, constata ainda Cadiet que esse aumento do poder do juiz no contexto institucional francês deveu-se à necessidade de reequilibrar as funções do aparelho estatal. Mas o estado de dependência no qual se encontra o judiciário francês desde o fim da Revolução, nunca foi questionado pela opinião pública, a quem apenas interessa saber que a honra da nação foi salva e que os magistrados recuperaram seu lugar no Palácio da Justiça, e os tribunais voltaram a ser chamados de cortes, mas a magistratura sempre foi colocada em segundo plano, em decorrência de um poder executivo quase absoluto na França, até a metade do século XIX. Napoleão codificou todas as leis francesas, tornando o legicentrismo a única forma de produção do direito. Portanto, o aumento do poder dos juízes nada mais foi senão o reconhecimento, em favor da função jurisdicional, da parte que lhe coube na organização dos poderes, a conquista de independência mínima em relação ao poder legislativo e sobretudo, ao executivo. O declínio do legicentrismo durante o século XIX fez o resto, oferecendo aos atores do jogo social, novas páginas de liberdade. Depois do reequilíbrio da Nação, a partir de 1958, apesar dos altos e baixos, dando a entender muitas vezes que os magistrados franceses passaram a dispor de um poder excessivo, isso é normal, não significando porém, que a justiça francesa, através de seus juízes, tenha obtido um poder absoluto. O fato é que a instituição judiciária francesa evolui, havendo é claro, a necessidade de ajustes. O crescimento do poder dos juízes ocorreu tendo como pano de fundo a crise da justiça, em decorrência da falta material, financeira e orçamentária, o que não é compatível com um governo de juízes. E conclui que, pior do que temer esse governo dos juízes é a falta da justiça.²⁷⁸

E citando Terré, destaca ainda que a admiração pelo direito americano, suscitada por alguns juristas franceses, repousa nas supostas virtudes de que aquele sistema é um modelo de direito sem estado, centralizado na primazia do *judge made law*, remédio ideal 'contra todos os excessos de legalismos' [...]. E Loïc

²⁷⁷ CADIET, L.. **L'hypothèse de l'américanisation de la justice française**. 2001.

²⁷⁸ CADIET, L.. **L'hypothèse de l'américanisation de la justice française**. 2001.

Cadiet abraça a tese de que é preciso desconfiar de um poder judiciário que pretende erigir-se em autoridade acima de todas as outras [...] e em que pese a evolução do direito francês e o aumento do poder dos juizes, vontade de alguns e temor de outros, essa promoção deve ser relativizada, não devendo ser considerada sequer como um sinal desse governo dos juizes.²⁷⁹

E mais, esse governo dos juizes constitui a mais alta 'expressão do mal americano' pois está ligado à problemática constitucional própria dos Estados-Unidos, tanto que a expressão 'governos dos juizes' foi empregada pela primeira vez por Édouard Lambert, em 1921, para descrever a política de segregação racial iniciada pela Suprema Corte Americana, concepção esta que envolve a separação dos poderes, mas não aquela concebida por Montesquieu e sustentada por Locke, para quem 'a existência do poder judiciário não implica em nenhuma sublimação da justiça. [...]'. E quer sejam nomeados pelos dois outros poderes ou eleitos pelos cidadãos, os juizes americanos são recrutados, em qualquer das hipóteses, a partir de situações totalmente políticas, o que torna o sistema norte-americano totalmente peculiar, incomparável com o sistema adotado na França.²⁸⁰

Na verdade, para Cadiet

[...] a americanização se faz mais sensível no plano das ideias do que no dos fatos. Desde a época de Lafayette, os Franceses adquiriram essa tendência de considerar como moderno tudo o que possa vir do outro lado do Atlântico, o que levou a estabelecer-se uma ligação sistemática entre o que americanização e modernização. E se nos deixarmos levar pela ideologia, cujas premissas são discutíveis, de uma nova justiça econômica e de uma nova filosofia política da justiça, com certeza os fundamentos tradicionais da justiça francesa serão subvertidos, mais do que aumento do contencioso.²⁸¹

E no que se refere ao tema da nova filosofia política da justiça, para o escritor, ela repousa essencialmente na ideia de que a justiça se tornou o lugar onde se elaboram as arbitragens sociais, e até que uma nova democracia seja redefinida, nada menos do que dois séculos vão se passar. Esse fenômeno vem ocorrendo em todas as democracias ocidentais, e com certeza também vai atingir o sistema francês, tradicionalmente centralizado em um estado concebido como fonte do direito e tradicionalmente ordenador de convenções sociais. Essa ideia vem acompanhada de um corolário e de uma consequência. O corolário, dentro da ordem de produção do direito, é que o direito não seria mais produzido pelo Estado e sim negociado pela sociedade civil "à maneira do precedente" no mundo da *common law*; esse direito dispensado pelo juiz se tornaria o novo organizador das sociedades

²⁷⁹ CADIET, L.. **L'hypothèse de l'américanisation de la justice française**. 2001. p. 89-115.

²⁸⁰ CADIET, L.. **L'hypothèse de l'américanisation de la justice française**. 2001.

²⁸¹ CADIET, L.. **L'hypothèse de l'américanisation de la justice française**. 2001. p. 89-115.

acéfalas e os juízes, antigos servidores do poder judiciário, se converteriam em “orientadores das convenções sociais”. A consequência é que a justiça seria externa ao Estado, distinta dele e não apenas dos poderes legislativo e executivo: haveria então, de um lado, o Estado reduzido às suas duas funções, legislativa e executiva, e de outro, a justiça, como epicentro da democracia moderna, relegando os dois poderes a um inevitável declínio.

É certo que nem o Estado nem a sociedade civil são hoje o que eram há dois séculos, e que as ligações entre o parlamento, o governo e a justiça evoluíram, e que a monarquia também contribuiu para o aumento do poder da função jurisdicional. Por outro lado, a internacionalização das fontes do direito e a descentralização administrativa ocorrida nos últimos vinte anos, também tiveram seu papel nessa situação. [...]

Sobretudo, o autor alega não conceber essa externalização da justiça com relação ao Estado, que os promotores da nova filosofia da justiça chamam de descentralização do Estado [...]. Ele não consegue pensar nesse novo poder [...]. Para ele, a justiça é o ponto cego da teoria política francesa em razão do status de “poder nulo” que já lhe atribuíra Montesquieu. Ele prefere opor-se ao discurso neoliberal inspirado na poderosa política da justiça americana, arriscando cair no arcaísmo, defendendo a ideia de que a instituição judiciária é apenas um dos poderes do Estado republicano; que o estado de direito, fundado no respeito à legalidade republicana, não deixaria as decisões a quem não fosse juiz; que o juiz foi feito para julgar os casos particulares e não para decidir políticas públicas; que não há como lhe reconhecer uma função política, ao lado dessa função técnica, que se incarna no serviço público da justiça, que não pode ser vista como uma “justiça de serviços”.²⁸²

Mas Garapon nega que tenha mencionado em seus escritos, qualquer forma de “americanização” do direito francês, como pretende equivocadamente, Cadiet, afirmando, ao contrário, Garapon, que a aproximação de diversas culturas com a cultura jurídica americana pode ter ensejado essa suposição, o que não é o caso. Na verdade, diz ele, que a influência do direito norte-americano é indiscutível no mundo atual, em todas as culturas, sobretudo nos Estados Americanos, mas também no direito francês a influência se faz sentir, por diversas razões, mormente pela proeminência da nação norte-americana em termos de economia e de política, mas sobretudo pelo fato de que os Estados Unidos são o único país que se encontra no topo da escada, influenciando o Mundo ocidental, pois eles conseguem ver os problemas internacionais de forma global, mas isso não significa que haja uma

²⁸² CADIET, L.. *L'hypothèse de l'américanisation de la justice française*. 2001. p. 89-115.

“americanização” do direito, e sim, uma mundialização devida à forte influência jurídica que os Estados Unidos exercem sobre todas as nações.²⁸³

Nesse vértice, é possível constatar, a partir do pensamento de Garapon no tocante à inverdade apontada a respeito da pretensa americanização do direito, lhe atribuída por Cadet, o que Rosa, em sua obra mais recente, escreve a respeito do “devido processo legal substancial”, como forma de garantia contra qualquer arbítrio do Estado, e que segundo o autor, é o que Garapon pretende, quando nega qualquer pretensão à americanização do direito, porquanto não há como a França pretender submeter-se jamais ao sistema de *common law* e sim, buscar o devido processo legal, como forma de garantia contra os arbítrios do Estado.²⁸⁴

Rosa vê a discussão a respeito do devido processo legal substancial, datada pelo menos do ano de 1215, na Inglaterra de João-Sem-Terra, e de onde atravessou o Atlântico, desenvolvendo-se sobretudo nos Estados Unidos, vindo a influenciar inclusive o direito brasileiro, através da Constituição de 05.10.1988.

E esclarece:

A ampliação das garantias contra o arbítrio do Estado é decorrência da compreensão autêntica do devido processo legal substancial, inclusive expressamente previsto em nosso ordenamento jurídico, embora essa cláusula seja muitas vezes ignorada pelos manuseadores do direito e do processo, afirma o autor. [...]. Para operacionalizar o devido processo legal substancial se recorre ao princípio da proporcionalidade (razoabilidade), o qual deve sempre ser aquilatado em face da ampliação das esferas individuais da vida, propriedade e liberdade, ou seja, não se pode invocar a proporcionalidade contra o sujeito em nome do coletivo, das intervenções desnecessárias e/ou excessivas. No processo penal, diante do princípio da legalidade, a aplicação deve ser favorável ao acusado e jamais em nome da coletividade, especialmente em matéria probatória e de restrição de direitos fundamentais.²⁸⁵

E nesse contexto, prossegue Rosa, “Não se pode, todavia, cair-se na armadilha da ponderação de princípios, dado que se trata de mero recurso retórico, consoante” afirma Sarmento. [...] Na verdade, o autor teme que o uso desses princípios leve os juízes a crer que tudo podem com base neles, a ponto de se estabelecer verdadeiro decisionismo, deixando de fundamentar de forma racional

²⁸³ GARAPON, Antoine. **Entrevista Justices ce qui a changé dans la justice depuis 20 ans**. Paris: Éditions Dalloz, 1999.

²⁸⁴ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 55-71

²⁸⁵ ROSA, A.M.da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 2014. p. 60

suas decisões sempre em nome da justiça, o que não passa de simples retórica para Rosa.²⁸⁶

Portanto, o autor vê nos princípios constitucionais, uma armadilha que pode levar o juiz ao que denomina de decisionismo judicial, pois, no afã de buscar a justiça, ele se afasta da racionalidade com que deveria fundamentar seus julgamentos, perdendo-se nessa faculdade lhe concedida através dos princípios constitucionais.

E nessa senda, Streck, citado por Rosa, também discorda desses argumentos que conduzem o juiz a decidir conforme sua consciência, exercendo a mais ampla discricionariedade, o que o autor considera como uma forma de ativismo judicial.²⁸⁷

3.3 DEMOCRACIA E JUSTIÇA: A NOVA RESPONSABILIDADE DEMOCRÁTICA DA MAGISTRATURA DE ACORDO COM O PENSAMENTO DE GARAPON

Antes de destacar o que Garapon tem a esclarecer acerca da democracia e da justiça, como instituições que devem nortear doravante a conduta da magistratura, é necessário inicialmente trazer à colação a ensinança colhida de Tocqueville, cuja análise a respeito da democracia permanece tão atual e perspicaz, como no século XIX, quando, em maio de 1831, o jurista francês esteve em visita à jovem Nação Americana, lá permanecendo até fevereiro de 1832, e onde constatou como os americanos coexistiam, tal como ainda hoje, com a igualdade, o individualismo e a importância política do juiz, buscando captar a essência da natureza da democracia, o que de melhor e o pior poderia dela extrair, a fim de triunfar das limitações da religião, através da clareza intelectual. E o que foi então apreendido por Tocqueville, é muito semelhante ao que hoje ainda subsiste no tocante à política desenvolvida pelos norteamericanos. Não há como duvidar da brilhante análise procedida pelo autor, a respeito da democracia, tecendo comentários comparativos com a política de seu país, e logrando relatar de forma

²⁸⁶ ROSA, A.M.da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 2014. p. 61.

²⁸⁷ ROSA, A.M.da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 2014.

absolutamente coerente e minuciosa, a realidade constatada no Estado Americano do século XIX.²⁸⁸

De acordo com a visão de Manent²⁸⁹, em “Tocqueville e a natureza da democracia”, onde o autor analisa o pensamento de seu antecessor a respeito da democracia, a grandeza de Tocqueville foi de ter sido capaz de demonstrar a esperança que todos devem ter na democracia, ao mesmo tempo em que colocou à mostra, seu segredo mais doloroso.

O que ele descreve²⁹⁰, é a transformação do homem pela democracia, é um novo tipo humano: o homem democrático, que não tem objetivos interesseiros e egoísticos, pois procura apenas colocar em ação um único propósito, que é o de que todos os homens nasçam e se tornem livres e iguais em direitos, sabedores de que a única obediência legítima é aquela previamente consentida. [...]

Essa pretensa democracia não se trata de um regime político na verdade, e sim, de uma maneira de viver junto, embora possa vir a ser substituída por outra forma. A democracia moderna rompe com esse ciclo natural; ela sucede a outros regimes políticos [...]. No lugar de vilipendiar os burgueses, como o fazem Rousseau e Marx, ou o último homem, de Nietzsche, Tocqueville analisa com extraordinária profundidade a vida humana sob todos os aspectos.

O homem democrático, sublinha, deve ser governado pelo dogma da soberania do homem sobre suas próprias ações [...]. Quanto mais o homem se considerar um ser dotado de direitos, mais a garantia desses direitos progride, e mais a questão dos fins é afastada, mais o silêncio se torna gritante. Dentro e pela democracia, o homem se afirma. Mas quem mais se afirma? O que é o homem? Tocqueville é desses raros autores que nos auxiliam a encarar essa pergunta, a única, aliás, que deve nos interessar acima de tudo.

²⁸⁸ TOCQUEVILLE, A.. **De la Démocratie en Amérique**. Choix de textes, introduction, notes, bibliographie et glossaire par Philippe Raynaud. Paris: Editions Flammarion, 2010.

²⁸⁹ MANENT, Pierre. **Tocqueville et la nature de la démocratie**. Éditions Julliard, 1982. Librairie Arthème Fayard, 1993, pour la présente édition et la préface. Préface.

²⁹⁰ MANENT. Pierre. **Tocqueville et la nature de la démocratie**. 1993. P. III e IV do Prefácio. Ce que Tocqueville décrit, c'est la transformation de l'homme par la démocratie, c'est un nouveau type humain: l'homme démocratique. Celui-ci n'est pas caractérisé par des fins particulières [...]. Il ne cherche pas à réaliser une fin, mais à mettre en oeuvre une hypothèse selon laquelle tous les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits, avec cette conséquence qu'il n'y a d'obéissance légitime que celle à laquelle on a préalablement consenti. [...]. La démocratie dont il s'agit, notre démocratie, n'est pas un régime politique parmi d'autres, entrant comme la démocratie antique dans une classification générale des régimes politiques, constituant l'une des formes légitimes du vivre-ensemble des hommes, une forme en principe toujours possible de dégénérer et d'être remplacée par une autre. La démocratie moderne rompt avec ce cycle naturel; elle succède aux autres régimes politiques, et l'emporte irrésistiblement sur eux. [...]. Au lieu de vitupérer les bourgeois, comme Rousseau et Marx, ou le dernier homme comme Nietzsche, Tocqueville analyse avec une extraordinaire pénétration comment la vie humaine dans tous ses aspects est bouleversée par cette hypothèse. L'homme démocratique, souligne Tocqueville, est gouverné par le dogme de la souveraineté de l'homme sur ses propres actions. [...]. Plus l'homme se considère comme un être qui a des droits, plus la garantie de ces droits progresse, et plus la question des fins est repoussée, plus le silence devient strident. Dans et par la démocratie, l'homme s'affirme. Mais qui s'affirme ainsi ? Qu'est-ce que l'homme? Tocqueville est des très rares auteurs qui nous aident à affronter cette question, la seule, au fond, qui doit nous intéresser. Tradução de Denise Helena Schild de Oliveira

Extraído da mencionada obra, para definir a democracia, Tocqueville aponta algumas de suas impressões colhidas durante sua permanência na América, esclarecendo que, dentre tudo o que constatou na nação americana, o que mais chamou sua atenção, foi a igualdade em todos os aspectos, diferentemente do que ocorre em outros regimes políticos, como na França, onde predomina uma forte centralização administrativa do poder e as liberdades são precárias, sendo que nos Estados Unidos predomina uma descentralização e as liberdades são asseguradas por eleições periódicas, trazendo consequências políticas que se alternam, de onde concluiu o autor, que os americanos não conhecem a soberania de um só homem, pois todos os cidadãos são detentores de direitos, de forma que é preciso conceder direitos a todos ou a nenhum.²⁹¹

E nesse patamar, prossegue Tocqueville, acentuando que os anglo-americanos ficaram muito felizes por terem escapado do poder absoluto, pois as circunstâncias, a origem, as luzes e sobretudo os costumes, lhes permitiram fundar e manter a soberania do povo. [...]. Na América, o princípio da soberania do povo não está escondido como em algumas nações; ele é reconhecido pelos costumes, proclamado pelas leis; ele se expande com a liberdade e atinge sem obstáculos suas últimas consequências. [...]. E é assim que em nossos dias o princípio da soberania do povo se desenvolveu nos Estados Unidos de uma maneira inacreditável. Então para Tocqueville, o Estado Social é quase um sinônimo da soberania e a opinião pública, o princípio gerador das leis e dos costumes da democracia americana. Em face disso, o autor busca a ligação entre essas modalidades oriundas do mesmo princípio.²⁹²

Por sua vez, o dogma da soberania do povo é resumido por Tocqueville, como se cada indivíduo carregasse sua parcela de soberania, participando igualmente do governo, pois cada um é considerado esclarecido e virtuoso, como todos os seus semelhantes, e deve obedecer a sociedade porque a união de todos vem a ser mais útil, sendo esse o pensamento que norteia a sociedade americana, embalada pela opinião pública. Bem por isso, não é preciso se apegar em demasia à forma representativa, pois é realmente o povo que governa, ainda que a forma de governo seja representativa, é evidente que as opiniões, os prejulgados, os interesses e até as paixões do povo encontram obstáculos que às vezes impedem a marcha da sociedade. A distinção tradicional entre democracia direta e democracia representativa, entre democracia antiga e moderna, se apresenta ultrapassada na

²⁹¹ MANENT. P.. **Tocqueville et la nature de la démocratie**. 1993.

²⁹² MANENT. P. **Tocqueville et la nature de la démocratie**. 1993.

América, esclarece o autor. Portanto, o Estado social democrático, entendido como igualdade de condições, impede que a sociedade sofra a influência de indivíduos ou de grupos privados; todas as instituições americanas estão fundadas no princípio da soberania do povo, o que, aliás, é enfatizado diuturnamente pela opinião pública. Compreender a democracia americana significa compreender que o princípio gerador da democracia não é nem exclusivamente político, nem exclusivamente social, mas conjuga ambos, a fim de determinar a maioria das ações humanas. [...]. Os americanos vivem numa democracia porque enxergam o mundo e agem nele, através do princípio da soberania do povo.²⁹³

Ainda de acordo com o pensamento de Tocqueville, analisado por Manent, há dois tipos de inimigos da democracia, isto é, aqueles que negam a igualdade entre os homens, pois entendem que a igualdade é contrária consideram à desigualdade natural que distingue os homens e buscam impedir o progresso dessa igualdade restauradora das desigualdades, que para o autor, são apenas supostamente naturais ou necessárias. Na verdade, esses inimigos da democracia não sabem nem o que fazem nem o que pretendem, por desconhecem a verdadeira força da democracia, até que ponto ela já transformou as relações sociais, percepção e evolução da humanidade, a ponto de fazer dos homens, seres democráticos. Esses inimigos também pensam conhecer a natureza humana e como construir uma sociedade política de acordo com essa natureza. Eles acreditam ainda, que a natureza do homem está pronta para esse conhecimento, faltando apenas se concretizar. Assim, eles dividem o prejulgado democrático, pois não têm força senão para destruir os benefícios inerentes à democracia, ao contrário, buscando nela acrescer o que não é bom, fazendo com que os malefícios da desigualdade

²⁹³ MANENT, P.. **Tocqueville et la nature de la démocratie**. 1982 e 1993, p. 22-3. Ainsi l'État social démocratique comme égalité des conditions interdit que la société subisse l'influence directrice d'individus ou de groupes particuliers; toutes les institutions américaines sont fondées sur l'idée de la souveraineté du peuple, cependant que la force de l'opinion publique fait de cette idée une réalité de chaque jour. Comprendre la démocratie en Amérique, c'est comprendre comment on peut dire rigoureusement qu'aux États Unis c'est le peuple qui gouverne. [...]. Le peuple ne gouverne que si, dans tous les domaines de la vie, chaque individu n'obéit qu'à lui-même, soit à lui-même comme individu particulier dans ce qui lui est strictement personnel, soit à lui-même comme membre du souverain, coauteur de la volonté générale, dans ce qui regarde le bien public. [...]. On peut donc dire que le principe générateur de la démocratie en Amérique n'est ni proprement politique ni proprement social; et il ne conjoint l'un et l'autre que parce que, en deçà de l'un comme de l'autre il détermine la plupart des actions humaines. [...]. Les américains vivent dans une démocratie parce qu'ils voient le monde et agissent dans le monde selon le principe de la souveraineté du peuple. Tradução de Denise Helena Schild de Oliveira

suplantem os benefícios da igualdade. Assim, vencidos de imediato, a igualdade que eles tanto detestam, não ficará comprometida, ao contrário.

Uma segunda classe de inimigos da democracia são os ditos excessivos ou imoderados, que pretendem ser democratas ocasionais, mas buscam concretizar a qualquer preço essa igualdade, desconhecendo, contudo os verdadeiros efeitos de seu caráter formal. Na verdade, eles desconhecem até que ponto o caráter formal da igualdade democrática acarreta efeitos reais, posto que a igualdade democrática só se concretiza na medida em que ela se estende a qualquer relação humana. Pretender que ela se concretize significa necessariamente, limitar seu campo de atuação apenas ao objeto visado pela ação política encarregada dessa concretização. Então eles se esforçam para submeter os aspectos da vida humana não a um dogma ou doutrina, como se lhes acusam, mas a uma mera negação, pois para realizar a abstração da democrática, que nadatém de humana, significa querer realizar algo irrealizável, o que implicaria na destruição de tudo o que é realmente humano. Assim, os amigos imoderados da democracia são muito mais numerosos do que os inimigos, e também mais perigosos porque acreditam ser os únicos conscientes em meio a uma humanidade ignorante, os únicos acordados em meio a uma humanidade sonâmbula. Portanto, para bem amar a democracia, é preciso amá-la com moderação.²⁹⁴

A respeito do tema em questão, cuja análise é compatível com a atualidade vivenciada por qualquer Estado no que se refere à democracia, em consonância ao

²⁹⁴ MANENT, Pierre. **Tocqueville et la nature de la démocratie**. 1982. p. 179-80. Les amis immodérés de la démocratie sont incomparablement plus nombreux que ses ennemis, et par conséquent plus dangereux. En accord formellement avec le principe de la démocratie, ils flattent aisément les passions des hommes démocratiques; prétendant achever le grand travail démocratique qui; sans eux, resterait en suspens, ils s'attirent le respect de beaucoup, parce que; dans la confusion et la bigarrure de la politique démocratique, seuls ils manifestent la constance d'un projet unique et simple, et l'adaptation de tous leurs moyens à ce projet unique et simple. Et ceux dont ils ne flattent pas les passions ni ne suscitent le respect, ils les intimident parce que, leurs actions si étranges et parfois si violentes, ils les déduisent toujours rigoureusement du principe démocratique, de sorte qu'il semble que pour les rejeter complètement, et pour les désigner comme des ennemis de la démocratie, il faille renoncer au principe démocratique lui-même. En vérité cette humanité démocratique qui cherche tant bien que mal à rester éveillée, il la sidère par l'assurance vertigineuse de somnambule avec laquelle, dans chaque société, dans chaque institution, dans chaque homme, il met le pied, pour se soutenir en l'écrasant, surtout ce qui est libre, sur tout ce qui est heureux, sur tout ce qui a forme humaine. Pour aimer bien la démocratie, il faut l'aimer modérément. Tradução de Denise Helena Schild de Oliveira

pensamento de Garapon, colhem-se do prefácio de sua autoria, na obra de Guarnieri e Pederzoli²⁹⁵, importantes excertos:

Ninguém mais duvida da importância da justiça no processo democrático. Essa evolução recente foi parcialmente importante para os Franceses. Como todos os países que adotaram as reformas napoleônicas que acabaram negligenciando o papel do juiz, a França está menos preparada para essas mudanças do que os países do *common law* que integraram desde há muito o poder judiciário em sua estrutura institucional. Esse handicap natural teve como consequência, isolar a França dos debates internacionais a respeito da justiça e do direito. [...] Assim, a falsa oposição entre justiça e política, foi ultrapassada, se abordarmos as relações entre justiça e poder executivo como duas formas de ação a serem articuladas. O direito está dentro dessa reflexão, menos como uma resistência à dominação, do que como uma organização de coexistência humana numa comunidade política. Não basta pensar em separação radical dos poderes, em termos de democracia, mas na busca da justa distância entre diversas formas de intervenção na política. [...]. Em nenhum país a separação da justiça e do poder político é absoluta. A influência mais ou menos intensa e constante, está sempre presente e é exercida sobretudo no momento da seleção nos países do *common law*, enquanto nos países de *civil law*, ela é mais insidiosa e prossegue ao longo da carreira. Mas a esse respeito, o que ocorre em caso de quase total ausência de influência recíproca? Estaremos indo em direção a um estado ideal que os herdeiros de Montesquieu que somos, temos gravado em nosso espírito? Algum país já viveu essa experiência?

E relembando Montesquieu, sempre presente para os franceses, esclarece:

O princípio da democracia se corrompe, afirma Montesquieu, não apenas quando se perde o espírito de igualdade, mas também quando ele é levado a extremos, quando cada um quer ser igual a aqueles que ele elegeu para comandar. Então, o povo, não sabendo mais a quem delegar o poder, acaba fazendo ele próprio, decidindo no lugar do senado, executando no lugar dos governantes e espoliando os juízes de seu cargo.²⁹⁶

²⁹⁵ GUARNIERI, C.; PEDERZOLI, P.. **La Puissance de juger**. 1996. p. 9-11. Plus personne ne conteste l'importance récente prise par la justice dans la vie démocratique. Cette évolution nouvelle est particulièrement déroulante pour nous autres Français. Comme tous les anciens pays ayant gardé les usages napoléoniens qui ont négligé le rôle du juge, la France se trouve plus désemparée par ce mouvement que les pays de *common law*. Ce handicap culturel a eu pour conséquence d'isoler la France du débat international contemporain sur la justice et peut-être sur le droit. [...] Ainsi se trouve dépassé la fausse opposition entre droit et politique, si l'on aborde les relations entre justice et pouvoir exécutif comme deux modes d'action dont il faut penser l'articulation. Le droit est donc compris dans cette réflexion moins comme une résistance à la domination que comme organisation de la coexistence humaine dans une communauté politique. Ce n'est plus uniquement dans la séparation radicale des trois pouvoirs qu'il faut penser la démocratie, mais aussi dans la recherche de la juste distance entre plusieurs formes d'intervention politique". [...]. Dans aucun pays la séparation de la justice et du pouvoir politique n'est absolue. L'influence, plus au moins intense et constante reste toujours présente. Elle s'exercera par exemple surtout au moment de la sélection dans les pays de *common law* alors que, dans les pays de droit civil, elle est plus insidieuse et se continue tout au long de la carrière. Mais à ce propos, que se passe-t-il en cas d'absence quasi totale d'influence réciproque? Se dirige-t-on vers cette cité idéale que les fils de Montesquieu que nous avons tous spontanément présente à l'esprit ? Un pays en a-t-il jamais fait l'expérience? Tradução de Denise Helena Schild de Oliveira

²⁹⁶ GARAPON, A.. **Le gardien des promesses justice et démocratie**. 1996. p. 92. Le principe de la démocratie se corrompt, dit Montesquieu, non seulement lorsqu'on perd l'esprit d'égalité, mais

Em artigo publicado na Revista “Justices”, denominado “La démocratie à l’épreuve de la justice – o que mudou na justiça de 20 anos atrás”, Garapon fala de democracia e da atuação do poder judiciário nos dias de hoje, sendo essa uma realidade não apenas para a França, como também para os demais Estados Democráticos da atualidade.²⁹⁷

Nesse periódico da literatura jurídica francesa, o autor fala de como os juízes adquiriram importância nos últimos anos, de modo a atraírem os olhares sobre si, diante do protagonismo judicial que passaram a desenvolver em face de novas atribuições e de um poder com o qual não contavam e não desejavam e que lhes chegou às mãos, de tal forma que se viram compelidos a deixar de lado a estrita aplicação do direito positivo, passando a fazer uso também de princípios do direito, oriundos de textos fundamentais. Diante disso, segundo o autor, a justiça se tornou popular em decorrência da diminuição da atuação do Estado, incentivando o indivíduo a buscar novos direitos, pois ele passou a ter consciência de si próprio, ensejando a mutação da esfera política, na verdade, uma profunda transformação do rumo das nossas democracias, acredita o autor, e que deve ser buscada mais na evolução social e histórica, do que no projeto democrático em si mesmo.

Mas para Garapon, a sociedade democrática afasta os cidadãos uns dos outros e enfraquece o poder central incarnado no Estado. Depois da fase do Estado providência, este se volta para suas funções mais básicas – a segurança e o direito penal – e nas quais ele se aproxima mais da justiça que ocupa lugar simbólico, contudo, eminente. Assim, quando a democracia se torna incontestável, quando ela não tem mais nenhum concorrente, o direito surge como o novo organizador de nossas sociedades acéfalas. Trata-se da revolução da soberania em favor da justiça. Enquanto a democracia pregava a proeminência do Estado, ela preocupada com a separação dos poderes. Escorregamos da função coletiva da soberania, em direção ao controle e à garantia dos direitos dos cidadãos.

encore quand on prend l’esprit d’égalité extrême, et que chacun veut être égal à ceux qu’il choisit pour lui commander. Pour lors, le peuple, ne pouvant plus souffrir le pouvoir même qu’il confie, veut tout faire par lui-même, délibérer pour le sénat, exécuter pour les magistrats, et dépouiller tous les juges”. Tradução de Denise Helena Schild de Oliveira

²⁹⁷ GARAPON, A.. **Entrevista Justices ce qui a changé dans la justice depuis 20 ans**. 1999.

A justiça acaba sendo um contra-poder neutro, resultante da estrutura da própria democracia, mas essa democracia empobrece o poder do Estado, reforçando o individualismo e fazendo surgir o desamor pela política.

Então, segundo Garapon, o juiz se encontra no âmago dessa nova revolução democrática, não apenas em razão de sua importância concreta, mas também pela importância que lhe é concedida. Esse direito, mais conduzido pelo juiz do que pelo legislador se coloca como regulador também das relações entre estrangeiros. [...]

A história das democracias, afirma, nos conduz em direção a sociedades menos individualistas, nas quais os indivíduos se agrupam em associações mais coletivas. Elas não se comportam em função de modelos herdados e sim, através daquilo que buscam num determinado momento histórico. O que o homem democrático reivindica é a participação, o associar-se às decisões que lhe concernem. Isso ocorre em qualquer relação social, profissional, familiar. É ao mesmo tempo uma boa e uma má possibilidade para o homem democrático: boa para os que advêm de uma condição social privilegiada, mas menos favorável para os demais. Passa-se de uma representação vertical da democracia direcionada a um centro, para o qual convergem todos os olhares, a uma visão horizontal, que procura se impor no face a face.²⁹⁸

²⁹⁸ GARAPON, A.. La démocratie à l'épreuve de la justice. *Revue Justices*, n. 1, 1999. p. 43-9. Les juges ont fait, ces dernières années une entrée fracassante sur la scène politique hexagonale. C'est donc naturellement vers eux – pour les en féliciter ou les en blâmer – que les regards se tournent. Un tel protagonisme judiciaire est pourtant trompeur: les juges auraient-ils été si pugnaces sans le secours des journalistes? Ne faudrait-il pas appeler à la cause d'autres parties moins saillantes: le législateur tout d'abord, c'est-à-dire les politiques eux-mêmes, qui ne cesse de confier au juge des nouvelles tâches, ou les associations auxquelles est de plus en plus souvent reconnu le privilège de lancer la machine judiciaire? [...] Les juges voient leur venir entre les mains d'un pouvoir que, très largement, ils n'ont pas désiré [...]. Si la justice devient si populaire, c'est parce qu'elle fait écho à de nouvelles représentations politiques. C'est pourquoi, plutôt que de voir dans cette promotion subite de la justice un phénomène par défaut – retrait de l'état, éclatement de la famille, effondrement du lien civique, délitement du tissu industriel – il faut y relever l'empreinte d'une mutation du lien politique. Ne nous y trompons pas, c'est à une transformation très profonde et très déroutante de nos démocraties à laquelle nous assistons, dont l'explication doit être cherchée autant dans une évolution sociale ou historique que dans le projet démocratique lui-même qui pose autant de problèmes qu'il en résout. La société démocratique éloigne ses habitants les uns des autres et affaiblit le pouvoir central incarné dans l'état – qui apparaît à beaucoup, en cette fin de siècle, comme un relais, qui fut historiquement nécessaire, mais qui est devenu aujourd'hui un obstacle. Après sa forme providentielle, l'état se rapatrie sur ses fonctions régaliennes – la sécurité et le pénal – dans lesquelles il se rapproche de la justice qui occupe une place symbolique éminente. A l'heure où la démocratie est devenue incontestable, où elle n'a plus à proprement parler de concurrence, le droit se pose comme le nouvel organisateur de cette révolution démocratique. [...] C'est la révolution de la souveraineté à la justiciabilité. Alors que la démocratie prônait la pré-éminence de l'état, la voici préoccupée de séparation des pouvoirs. [...] On a glissé de la question des voies collectives de la souveraineté à celle de son contrôle et de la garantie des droits des citoyens, ce qui les protège de ses contraintes. [...] Le mécanisme démocratique, en même temps qu'il purifie régulièrement le pouvoir, l'appauvrit. [...] Plus encore qu'un contre-pouvoir, la justice est un pouvoir neutre dont la promotion résulte de la structuration même de la démocratie. [...]. Des preuves de

E reforça o entendimento:

O juiz torna-se o novo anjo da democracia e reclama um status privilegiado, o mesmo do qual ele expulsou os políticos. Investe-se de uma missão salvadora em relação à democracia, coloca-se em posição de domínio, inacessível à crítica popular. Alimenta-se do descrédito do Estado, da decepção quanto ao político. A justiça completará assim, o processo de despolitização da democracia. O juiz faz com que a democracia corra o risco do ativismo quando cria um direito pretoriano ou, ao contrário, um risco de imobilismo, impedindo reformas desejadas pela maioria. Em ambos os casos, ele causa danos a uma virtude cardeal de todo o sistema de direito, ou seja, a segurança jurídica. Uma jurisdição não dispõe dos meios para legislar, o juiz não dispõe dos instrumentos para isso e se vê incapaz de

ce affaiblissement? Notre fascination pour le pouvoir qui tue. [...] Cela entretient bien évidemment la défiance envers tout pouvoir, quel qu'il soit, et renforce le repli sur soit, l'individualisme peureux. Ne nous y trompons pas, ce ne sont pas ces affaires qui ont affaibli l'état, mais plutôt l'inverse: notre désamour pour la politique, qui rend ce spectacle possible. [...] La fondation de la démocratie sur la rationalisation de la partialité engendre le besoin d'une impartialité vraie, c'est à dire des pouvoirs constitutionnellement neutres. Cela sera la justice, "le seul pouvoir aristocratique que la démocratie supporte" pour reprendre l'expression de Tocqueville. Les pays qui sont dotés dès leur origine d'une branche judiciaire respectée – comme aux Etats Unis – ont montré "une solidité et une résistance aux intempéries historiques que n'ont pas trouvée dans les institutions de notre pays. D'où une attention nouvelle à porter à ce "tiers-pouvoir", qui n'est pas un troisième pouvoir. Ceci explique l'apparition du thème de l'impartialité aussi bien pour les juges que pour les politiques. [...] Le juge se trouve au coeur de cette seconde révolution démocratique non seulement en raison de l'importance concrète qu'il y prend mais aussi pour les possibilités qu'on lui prête. Il présente autant par ses actes que par ses promesses, autant sur le plan pratique qu'idéologique. Au même titre que le marché avec lequel il présente beaucoup de points communs, ce droit plus dirigé par le juge que par le législateur se pose comme un possible régulateur des relations entre étrangers. [...]. La justice absorbe le conflit. Le droit et le juge incarnent cet idéal de régulation spontanée *"privilegiant la fonction arbitrale du juge par rapport à l'intervention transformatrice du législateur. Il est porté par l'utopie antipolitique d'un mode de réglément direct des litiges entre les personnes qui se substitueraient avantageusement à la réforme d'ensemble du collectif qui les englobe. C'est dans le même esprit que la jurisprudence tend à prendre le pas sur la règle générale édictée d'en haut. Le modèle inspirateur sous jacent est celui d'un processus d'élaboration des normes par la collectivité elle-même, agissant en la personne d'un juge représentant, à l'épreuve de ses besoins révélés par le cas et en présence des parties intéressées"*. Le dogme juridique et l'utopie du marché se rejoignent dans la promotion du pouvoir de personne avec la collaboration de tous. L'histoire des démocraties nous emmène vers des sociétés moins individualistes qu'électives, dans lesquelles les individus se regroupent dans les associations éphémères, le plus souvent fusionnelles. Ils ne se comportent plus en fonction des modèles hérités mais de ce qu'ils choisissent à un moment donné de leur existence. Ce que revendique l'homme démocratique, c'est de participer, d'être associé aux décisions qui le concernent. Il en va ainsi de toute relation qu'elle soit amoureuse, familiale, professionnelle, aussi bien de la manière d'habiter que celle de produire ou de voter. D'où une certaine versatilité des choix et une mobilité des attitudes qui confirment aussi bien les habitudes de consommation que le comportement électoral. C'est à la fois une bonne et une mauvaise nouvelle pour le sujet démocratique: une bonne pour ceux que la nature ou la famille a bien dotés, une moins bonne pour les autres. On passe d'une représentation verticale de la démocratie ordonnée à un centre, vers lequel convergent tous les regards, à une vision horizontale qui cherche ses marques dans le face-à-face. L'histoire des démocraties nous emmène vers des sociétés moins individualistes qu'électives, dans lesquelles les individus se regroupent dans les associations éphémères, le plus souvent fusionnelles. Ils ne se comportent plus en fonction des modèles hérités mais de ce qu'ils choisissent à un moment donné de leur existence. Ce que revendique l'homme démocratique, c'est de participer, d'être associé aux décisions qui le concernent. Il en va ainsi de toute relation qu'elle soit amoureuse, familiale, professionnelle, aussi bien de la manière d'habiter que celle de produire ou de voter. D'où une certaine versatilité des choix et une mobilité des attitudes qui confirment aussi bien les habitudes de consommation que le comportement électoral. C'est à la fois une bonne et une mauvaise nouvelle pour le sujet démocratique: une bonne pour ceux que la nature ou la famille a bien dotés, une moins bonne pour les autres. On passe d'une représentation verticale de la démocratie ordonnée à un centre, vers lequel convergent tous les regards, à une vision horizontale qui cherche ses marques dans le face-à-face.

substituir uma dinâmica da qual ele suprime as manifestações por uma outra verdadeira dinâmica política.²⁹⁹

De acordo com a proposta de Garapon, se o indivíduo deve se tornar o centro dos interesses dessa nova democracia, como propõe Garapon, ela passa a ser chamada de democracia do indivíduo, pois se refere aos direitos fundamentais da pessoa, trazendo, como consequência, o aumento da função do juiz, de tal modo que ele acaba tendo que reinventar procedimentos, para atender as pretensões de todos os cidadãos, que de passivos que eram, indiferentes ao processo democrático, se tornaram os novos agentes da instituição judiciária. Diante dessa nova realidade, o papel do juiz adquiriu tamanha importância, para que os novos usuários da justiça possam, doravante, também exercer as atividades próprias dessa mudança.³⁰⁰

E reforça Garapon, destacando que, mais do que um retorno do direito, trata-se do fim do esquecimento do direito, que caracterizou o Estado-providência, em cujo modelo o indivíduo se tornou um cliente do Estado, sem iniciativa política. Já o século XIX viu o despertar do Estado-Liberal, com destaque para o poder legislativo, enquanto o século XX, o do executivo. Então, o direito que se anuncia poderia ser o do juiz. O autor se indaga se esse juiz seria o árbitro ou o empreendedor?³⁰¹

Guarnieri e Pederzoli, já mencionados, reforçam o entendimento de Antoine Garapon a respeito da justiça e do processo político, e de como a vida social se torna cada vez mais envolvida pela justiça, que passa a ser a mola mestra, invocada para resolver qualquer problema do cidadão na sociedade atual, diante do enfraquecimento dos poderes legislativo e executivo. E com base nessa realidade, os autores se indagam qual seria a responsabilidade da magistratura nessa nova política da justiça. Contudo, destacam que apesar de ser positivo esse desenvolvimento do judiciário, ao garantir os direitos do cidadão, essa expansão não pode se chocar com os interesses da democracia constitucional e da soberania.

²⁹⁹ GARAPON, A.. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. 1996. p. 74.

³⁰⁰ GARAPON, A.; PERDRIOLLE, S.; BERNABÉ, B.; KADRI, C.. **La Prudence Et L'autorité**: L'office Du Juge Au Xxe Siècle. 2013. p. 29-30. "Donc si la personne doit être le centre des intérêts de cette nouvelle démocratie, comme nous propose AG, celle-ci devient ce qu'on appelle **"démocratie procédurale"** ou "des individus", laquelle se rapporte aux droits fondamentaux attachés à toute personne. Par conséquent, la fonction du juge s'élargit de telle sorte qu'il doit réinventer ses procédures pour se mettre à la volonté des citoyens, qui ne sont plus passives, au contraire, désormais les nouveaux acteurs dans l'institution judiciaire, le juge de soi même, selon l'idée de AG. C'est vraiment un bouleversement par lequel doit passer le rôle du juge, pour que les usagers de la justice puissent participer dorénavant des usages dont ils sont aussi les acteurs". Tradução de Denise Helena Schild de Oliveira

³⁰¹ GARAPON, A.. **Le gardien des promesses justice et démocratie**. 1996. p. 230

O que se constata então, afirmam os autores, é que justiça e política se tornaram a tal ponto complexas, dificultando os pontos de contato entre esses dois institutos. Portanto, mais do que enfrentá-la, é preciso entendê-la, a fim de não criar um confronto com um poder democraticamente irresponsável, pois não há como esquecer que os juízes, inevitavelmente, fazem parte do sistema político, ainda que eles estejam ligados de uma maneira diferente dos demais atores políticos. Logo, se renunciarmos à regulamentação institucional, deixaremos o campo livre a outras influências, abdicando diante da principal finalidade da democracia, que é a de controlar o poder.³⁰²

E enfatizam os autores³⁰³:

Constata-se, assim, através da evolução das democracias atuais, uma intervenção cada vez mais acentuada da justiça e da magistratura no processo político, onde “todo mundo se torna justiciável” Na verdade, a judicialização se estendeu a todos os domínios submetidos à justiça mas com uma intensidade diferentes nos países democráticos, de acordo com a evolução de seus sistemas políticos. Mas essa interferência não deve ser considerada transitória, em razão das mudanças ocorridas nas relações entre Estado e sociedade, bem por isso o perigo de um “governos de juízes” é algo que não deve ser menosprezado, caso não haja uma restrição a essa atuação intensificada da justiça na sociedade, cuja competência vem extrapolando os limites, sobretudo em face do constatado declínio da organização da política no Estado.

E sobre o tema, é indispensável ainda, colher a análise de Garapon, contida no prefácio de sua autoria, na obra de Guarnieri e Pederzoli, onde o autor afirma não haver nenhuma dúvida a respeito da importância da justiça no processo democrático, mormente na França, onde a forte influência dos códigos napoleônicos, ou seja, do positivismo e da tradição cultural que sempre valorizou muito mais o legislativo e o executivo, em detrimento do judiciário, visto com desconfiança ao

³⁰² GUARNIERI, C.; PEDERZOLI, P. **La puissance de juger**. 1996.

³⁰³ GUARNIERI, C.; PEDERZOLI, P. **La Puissance de juger**. 1996. p. 177. “L’évolution des démocraties contemporaines enregistre donc une intervention toujours plus marquée de la justice et de la magistrature sur le processus politique. Comme on l’a récemment souligné “tout et tout le monde devient justiciable” (GARAPON, 1996, p. 21). C’est le processus de judiciarisation, c’est-à-dire de l’extension des domaines soumis à l’influence de la justice (VALLINDER, 1995, p. 13). Nous avons vu que cette intervention se manifeste avec une intensité diverse dans les différents pays démocratiques, selon l’évolution de leur système politique, mais elle ne doit pas être tenue pour transitoire, en raison des changements qui sont intervenus dans les relations entre l’État et la société... . D’autre part, le déclin de la capacité des organisations politiques – comme les partis et les syndicats – à donner une réponse aux demandes politiques ne fait que renforcer l’importance de la justice, au moins en raison du fait que sa capacité relative à donner des réponses à de nombreux problèmes que pose la société en sort magnifiée. Il est inutile – et, on le verra, même dangereux – de nier ces développements, en vaticinant sur le danger d’un “gouvernement des juges” ou en intimant la justice de restreindre le champ de ses compétences”. Tradução de Denise Helena Schild de Oliveira

longo da história, os franceses estão menos preparados para essas mudanças do que os países de *common law*, que há muito integram o poder judiciário em sua estrutura institucional, fazendo com que a França se mantivesse afastada dos debates sobre direito e justiça.

Dessa forma, constata Garapon que a oposição entre judiciário e executivo foi ultrapassada, mas não basta pensar em separação radical dos poderes, em termos de democracia, e sim, numa coesão entre ambos, mantendo uma distância razoável, pois em nenhum país a separação de poderes é radical, em termos de democracia, cada qual intervindo no outro de maneira equilibrada, a fim de manter uma influência razoável e salutar, inexistindo, entre os herdeiros de Montesquieu, quem consiga manter o ideal gravado nos espíritos, acerca da separação dos poderes.³⁰⁴

É preciso, por fim, mencionar as conclusões de Garapon, que levam ao objetivo almejado pelo novo ator da justiça:

A justiça é convocada para resolver esse mal estar do indivíduo moderno sofredor. E para responder de maneira inteligente, ela deve preencher uma nova função que vem se desenvolvendo ao longo desse século, e que se poderia chamar de magistratura do indivíduo [...]. Não há livro que fale sobre a justiça que não a critique, fazendo sua ligação com o aumento vertiginoso do contencioso, a partir dos anos setenta. Então Tocqueville prega a transformação do homem através da democracia, ainda que essa igualdade venha a alterar profundamente o equilíbrio social. A demonstração ostensiva desse dogma democrático fragiliza os liames sociais, paralisando a influência natural entre os homens, e, conseqüentemente, incitando conflitos. Ele afasta qualquer autoridade natural, desequilibra a organização espontânea da sociedade e mina a autoridade hierárquica que, designando um lugar para cada um, limita os conflitos. A liberdade corre o risco de ser concedida através do controle judicial, mediante proteção de poucos. A

³⁰⁴ GUARNIERI, C.; PEDERZOLI, P. **La Puissance de juger**. 1996. p. 9-11. "Plus personne ne conteste l'importance récente prise par la justice dans la vie démocratique. Cette évolution nouvelle est particulièrement déroulante pour nous autres Français. Comme tous les anciens pays ayant gardé les usages napoléoniens qui ont négligé le rôle du juge, la France se trouve plus désarmée par ce mouvement que les pays de *common law*. Ce handicap culturel a eu pour conséquence d'isoler la France du débat international contemporain sur la justice et peut-être sur le droit. [...] Ainsi se trouve dépassé la fausse opposition entre droit et politique, si l'on aborde les relations entre justice et pouvoir exécutif comme deux modes d'action dont il faut penser l'articulation. Le droit est donc compris dans cette réflexion moins comme une résistance à la domination que comme organisation de la coexistence humaine dans une communauté politique. Ce n'est plus uniquement dans la séparation radicale des trois pouvoirs qu'il faut penser la démocratie, mais aussi dans la recherche de la juste distance entre plusieurs formes d'intervention politique". [...] Dans aucun pays la séparation de la justice et du pouvoir politique n'est absolue. L'influence, plus au moins intense et constante reste toujours présente. Elle s'exercera par exemple surtout au moment de la sélection dans les pays de *common law* alors que, dans les pays de droit civil, elle est plus insidieuse et se continue tout au long de la carrière. Mais à ce propos, que se passe-t-il en cas d'absence quasi totale d'influence réciproque? Se dirige-t-on vers cette cité idéale que les fils de Montesquieu que nous avons tous spontanément présente à l'esprit ? Un pays en a-t-il jamais fait l'expérience ?" Tradução de Denise Helena Schild de Oliveira

história da justiça é a da profanação progressiva de qualquer autoridade tradicional.³⁰⁵

Nesse panorama, o que se colhe do diálogo entre alguns doutrinadores brasileiros sobre a proposta de Garapon, a respeito do ativismo judicial, é que todos concordam que o fenômeno ganhou força no Brasil, saindo de um passivismo, a partir da Constituição de 88, cujas promessas incentivaram o cidadão a se tornar dependente do Estado do bem-estar, alargando os horizontes sociais, em direção às pretensões igualitárias deduzidas na Constituição Cidadã. A consequência foi o agigantamento do Poder Judiciário, decorrente da invasão da política e da sociedade pelo direito. E nesse contexto, o juiz se tornou o principal ator e intérprete do direito na vida social.

Diante de tudo o que foi analisado no presente estudo, tendo como enfoque primordial a proposta de Garapon para o tema do ativismo judicial, cada vez mais acentuado em nossos dias, com a tendência de judicialização dos conflitos, sobretudo a partir dos anos 70, já que a solução para as controvérsias mais variadas vem sendo buscada junto ao Poder Judiciário, como se não houvesse nenhuma outra maneira de se obter a paz social, confundindo-se o acesso à justiça com o acesso ao Poder Judiciário, conclui-se que o Estado Democrático deve criar políticas públicas capazes de solucionar conflitos sociais e individuais, implantando sistemas de múltiplas portas, conforme já adotado nos Estados Unidos, e pelos quais as demandas, ao aportarem ao Judiciário, são encaminhadas ao procedimento adequado, disponível de acordo com a melhor solução para o problema, seja em forma de conciliação ou por meio de um árbitro especialista, sem a necessidade de que o juiz seja obrigado a solucionar todo e qualquer litígio.

³⁰⁵ GARAPON, A.. **Le gardien des promesses justice et démocratie**. 1996. p. 139-40. "La justice est convoquée pour apaiser ce malaise de l'individu moderne en souffrance. Pour y répondre intelligemment, elle doit remplir une nouvelle fonction qui s'est développée tout au long de ce siècle et que l'on fragilise le lien social, pourrait appeler la magistrature du sujet. [...]. Il n'y a pas de livre sur la justice, ou de rapport, qui ne constate pour la déplorer, la vertigineuse augmentation du contentieux depuis les années soixante-dix. C'est un fait indéniable [...]. Ce qu'enseigne Tocqueville, c'est la transformation de l'homme par la démocratie; l'égalité des conditions bouleverse profondément l'équilibre social. Le déploiement jusqu'à son terme de ce dogme démocratique fragilise le lien social, paralyse toute influence naturelle sur autrui et donc aiguise les conflits. Il dépose toute autorité traditionnelle, ébranle l'organisation spontanée de la société et mine l'ordonnancement hiérarchisé qui, en attribuant une place à chacun, limitait les occasions de conflits. [...]. La liberté risque de se payer en augmentation du contrôle du juge, **en intériorisation du droit** et en tutélarisation de certains sujets. L'histoire de la justice est celle de la profanation progressive de toute autorité traditionnelle." Tradução de Denise Helena Schild de Oliveira

Essa cultura demandista, resultado de uma sociedade massificada, dominada pela globalização que assola o mundo, e também pelo incontido progresso tecnológico, imprimindo um ritmo vertiginoso à vida e a todas as atividades humanas, acabou impondo um fluxo inesperado e complexo ao Poder Judiciário, que não tem como suportar esse agigantamento da sociedade contemporânea, essa incessante busca por soluções deflagrada pelo cidadão descontente e ansioso por respostas a seus problemas mais complexos ou mais banais.

A necessidade de limitar esse verdadeiro aguadouro de contendas que se multiplicam sem cessar, congestionando a atividade judicial e abarrotando fóruns, de tal forma que a máquina estatal não tem mais como fazer frente a essa crise que se estabeleceu, trazendo angústia aos operadores do direito, especialmente ao juiz, que se vê absolutamente impotente para responder a tantas exigências, a essa procura incansável pela justiça, fato este constatado em todas as Democracias do mundo ocidental.

O pouco que se fez até agora no Brasil, com a instituição da política de conciliação a nível nacional, apesar de ter sido um grande passo, ainda é escasso para desafogar a demanda e garantir a todos o direito constitucional de acesso à justiça. Esse o impasse que se pretende analisar, de acordo com o pensamento do jurista francês Antoine Garapon, especialista na matéria.

Resta tecer algumas considerações, sem que se pretenda afirmar qual o posicionamento que melhor se adaptaria ao Brasil, onde o evidente é constatado ativismo judicial dito “à brasileira”, ainda não encontrou seu norte, como mencionado pelos vários doutrinadores comentados no decorrer dessa dissertação, partindo-se da premissa de que, adotando posturas legislativas, em face da constatada inoperância de nossos legisladores, o Poder Judiciário vem tomando rumo muitas vezes distante do texto constitucional, para criar jurisprudência, a exemplo do sistema norte-americano de *common law*, tornando assim, difícil o caminho a ser seguido pelos juízes, que se deparam, cada vez mais com situações que a legislação não tem como prever, o que leva ao emaranhado de decisões nem sempre coerentes, colocando em risco a própria distribuição da justiça e o processo democrático que precisa ser aperfeiçoado em nosso País.

Difícil, portanto, argumentar a respeito da necessidade de, por um lado, seguir a magna carta de 88 sem atentar contra os princípios constitucionais e as cláusulas

pétreas que a norteiam, e por outro, respeitar os direitos humanos cada vez mais defendidos por juristas e doutrinadores, e perquiridos pela massa influenciada pela globalização exacerbada dos meios de comunicação e das mídias, que clamam por justiça em todas as paradas, levando uma incansável massa de justiciáveis aos bancos do judiciário, abarrotado e muitas vezes impotente diante de novas demandas muitas vezes inusitadas. E isso não se constata apenas na França ou nos Estados-Unidos, mas também no Brasil das últimas décadas, onde o juiz passou a ser, como nos fala sem cessar, Antoine Garapon, o último guardião das promessas do Estado-Providência, aquele que se vê compelido a tudo abarcar, tudo resolver, mostrando-se, contudo, impotente para arcar com tantas responsabilidades frente aos cidadãos ávidos de respostas, de ver seus sonhos mais banais realizados, tal qual o filho que busca no pai o socorro para suas insatisfações e dilemas mais corriqueiros, como se o judiciário pudesse tudo decidir e conceder. Com esse intuito, nasceu a Constituição Brasileira dita “cidadã”, eivada de protecionismo e pronta a socorrer seus filhos mais carentes e desavisados, buscando a realização incontinenti de todas as promessas mais utópicas, para os revezes sociais advindos de uma ditadura militar de vinte anos enfrentada pela Nação ressurgida das sombras castradoras da opressão, sedenta de liberdade e de justiça, desenhando-nos mais de duzentos artigos com que o texto constitucional deu à luz, seus direitos mais almejados e que precisaram ser detalhadamente esclarecidos. Mais de vinte anos decorridos e a dura realidade demonstra a impotência atual dos poderes para garantir o efetivo cumprimento das normas eleitas no despertar da democracia, necessárias ao bem estar dos cidadãos. O que se pode constatar, na verdade, no Brasil de hoje, é o enfraquecimento de um legislativo engessado pela pressão constante do executivo, que por sua vez pretende valer-se de seus poderes de urgência para manobrar a política e a economia, de quem se vê dependente. O Judiciário, por sua vez, tentando “salvar a pátria”, muitas vezes desacreditado em face da influência mediatística quase-detentora do quarto poder, navega ao sabor da própria sorte, enquanto aguarda a definição democrática para sua atuação, como sugerido pelos autores mencionados, que buscam uma solução dogmática adequada à realidade brasileira e aos ditames constitucionais, objetivando a efetividade dos direitos fundamentais.

Desse dilema deflui que ambos os posicionamentos acerca do atual papel do Poder Judiciário, como protagonista do fenômeno do ativismo judicial, combatido por

procedimentalistas, ao argumento de enfraquecer a democracia, pois além de incentivar o paternalismo estatal, faz com que o judiciário assuma funções de governo, e defendida por substancialistas, que vêem no ativismo judicial a maneira de melhor aproximar o Direito da realidade social, de modo a satisfazer os anseios da sociedade e efetivar as normas constitucionais garantidoras dos direitos fundamentais. Só o futuro dirá de que forma uma ou outra alternativa prevalecerá, trazendo soluções ou criando mais problemas, além dos já enfrentados pelos Estados Democráticos do mundo ocidental, mormente o Brasil, onde o ativismo “à brasileira”, parece ainda não ter encontrado seu rumo, consoante leciona Marcellino Junior.³⁰⁶

Antoine Garapon, com seu discurso contrário ao ativismo judicial, busca inserir novas luzes jurídicas e a dar uma orientação mais liberal para o judiciário da Nação Francesa, desde sempre envolvida por sua milenar cultura histórica e jurídica fortemente centralizada no executivo, em que pese seja o berço de todas as liberdades e do positivismo nascido de Montesquieu. Mas se torna difícil tecer um paralelo entre os anseios nascidos na Terra dos filósofos que fizeram da Revolução sua bandeira mais célebre, e aqueles do Brasil, Nação expoente, cujos novos horizontes se levantam nos céus das Américas, com passos ainda incertos, não sabendo exatamente em que porto vai ancorar, embalada hoje pelas correntes do neoliberalismo, que tenta manter com firmeza o leme da atual política, em detrimento de uma democracia que precisa se firmar através de um novo pacto social e de uma justiça-cidadã, tal qual prevê a Constituição Federal, livre das amarras nefastas do mercantilismo, que nada mais visa senão o lucro, em detrimento dos direitos humanos.

Na verdade, a pretensão procedimentalista defendida pelo magistrado francês em termos de ativismo judicial, encara de frente essa nova perspectiva que enfrentam os juízes, não sendo, contudo, uma posição extremada ou pretenciosa, ao contrário, entende o doutrinador, que cada Estado, em face de sua história peculiar e única, e de sua cultura, tradições, sociedade, deve buscar o rumo jurídico que mais se afigura pertinente com sua realidade, razão pela qual, o jurista francês não defende seu ponto de vista como se fosse o único e adequado a todos, nem prega qualquer tipo de “americanização” do direito, embora admita que o sistema

³⁰⁶ MARCELLINO JUNIOR, J.C.. **Princípio Constitucional da eficiência administrativa:** (des)encontros entre economia e direito. 2009.

jurídico adotado nos Estados Unidos dispõe de força e coesão capazes de gerar influências, sobretudo nas Américas. Por outro vértice, Antoine Garapon não crê no chamado “eixo procedimentalista Garapon-Habermas”, em confronto com o “eixo substancialista Cappelletti-Dworkin”, como sendo compartimentos estanques e opostos de uma mesma problemática, pois, como já mencionado, segundo ele, a visão de justiça e de sistema jurídico a ser adotado depende da situação política, social, cultural, histórica, econômica, de cada sociedade, de cada País, num determinado contexto, não sendo o caso de se proceder à escolha de um sistema copiado nem imposto, e sim, oriundo dos elementos peculiares de cada Estado. Portanto, não há como se afirmar, segundo Antoine Garapon, que substancialistas ou procedimentalistas pretendem estender seus domínios, disputando adeptos, não sendo este o propósito por ele defendido. Talvez para uma França que busca mudanças imediatas para um Judiciário que nunca teve sua verdadeira independência, num País onde o Executivo sempre reinou absoluto, ao lado de um legislativo ultra-respeitado, a pretensão da magistratura francesa não seja mais do que cumprir sua missão para o século XXI: o cidadão no centro do serviço público da justiça.

E qual será o desafio da justiça para o Brasil, desse século XXI, indaga-se?

Há quem defenda que o grande rol dos direitos fundamentais inseridos em nossa Constituição Republicana de 88, acentuatadamente protecionista, encontra dificuldades de aplicação na prática, não apenas porque o legislativo deixou de regulamentar as promessas enunciadas, como também em face do crescente levante neoliberal que vem se estabelecendo em nosso País, defendendo, portanto, a realização do Estado Democrático Social, perante o cumprimento da Constituição, que deve ser defendida pelo Poder Judiciário, não podendo este permanecer à margem e sim, incentivar a atuação ativista de uma magistratura engajada nos problemas sociais do País e no efetivo cumprimento das normas constitucionais, ainda que para isso seja necessário superar a máxima republicana da separação dos poderes.

Cabe aqui, e parafraseando Rosa, estabelecer o “lugar” e a “função” do Poder Judiciário, para que a democracia se sobreponha ao discurso neoliberal, fazendo valer acima de tudo, os direitos fundamentais, com vista à construção do Estado

Democrático de Direito.³⁰⁷ Porém, como a legitimação desses direitos passou a ser exigida perante o Poder Judiciário, acabou surgindo no Brasil a figura da “judicialização da política”, “cuja relevância contemporânea é fundamental para se compreender o que se passa na posição do Poder Judiciário brasileiro”.³⁰⁸

Mas precisamos buscar nosso próprio modelo de justiça: um sistema jurídico adaptado às condições de nossa cultura, definindo o papel político que cabe ao judiciário, e que ainda não se definiu. Devemos, pois, seguir a proposta reconhecida no Brasil como procedimentalista, defendida por Garapon, para quem o juiz não deve intervir na política e na sociedade, sob pena de causar o enfraquecimento da democracia, ou acolher o substancialismo como forma de garantir o efetivo cumprimento da Constituição Federal, como postulam diversos autores brasileiros?

A questão é altamente complexa, para ser respondida de pronto.

E nesta quadra, Rosa propõe indagarmos a quem o Poder Judiciário está servindo.

³⁰⁷ ROSA, A .M. da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**: aportes hermenêuticos. 2011.

³⁰⁸ ROSA, A .M. da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**: aportes hermenêuticos. 2011. p. 84-5

CAPÍTULO IV

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esse trabalho pretendeu trazer o pensamento de Antoine Garapon a respeito do ativismo judicial que vem ganhando espaço no cenário jurídico, não apenas em nosso País, como também em todos os Estados Democráticos do mundo ocidental. De acordo com o que preconiza o autor, em decorrência desse fenômeno, a justiça passou a ser convocada para apaziguar todos os males do indivíduo moderno, gerando o aumento indiscriminado do contencioso, e o juiz, por conta disso, se tornou o guardião das promessas do Estado-provedor, o pacificador das relações sociais, aquele que “exerce um verdadeiro magistério sobre as pessoas mais frágeis”. Em decorrência dessa judicialização, a justiça adquiriu um poder inédito, que coloca em risco a própria democracia, pois está ocupando o lugar da política, conduzindo ao uso equivocado do direito. Diante disso, é preciso reposicionar o juiz, para quem novas funções estão sendo destinadas, em face da mutação do Estado Democrático.

Antes de tecidos os esclarecimentos a respeito da proposta do autor para o ativismo judicial, foi realizada uma incursão na História da França, a fim de melhor entender-se sua pretensão, a partir da realidade da cultura francesa e de que forma o Poder Judiciário é considerado pelos franceses. Diante disso, foi apresentado um paralelo entre a forma de julgar na França e nos Estados Unidos, com amparo em obra também da autoria de Antoine Garapon, através da qual o autor analisa os sistemas de *common law* e de *civil law*, posto que, não há como ser entendido o fenômeno do ativismo judicial, sem se falar no sistema que nasceu na Inglaterra de João Sem-Terra e de onde se espalhou para o Novo Mundo. A jovem Nação Americana logrou então adequar o sistema da *common law* que se fortaleceu ao longo dos séculos, influenciando outros Estados, sobretudo os Americanos, entre eles o Brasil, que através da Constituição de 88, acolhendo o controle de constitucionalidade das leis e fazendo assim, eclodir em *terrae brasillis* o ativismo judicial.

Em face disso, alguns autores foram consultados para opinar, demonstrando preocupação com o fenômeno, e apresentando cada qual suas ideias, contra e a favor desse ativismo, de modo a fornecer um contributo que melhor se adeque à cultura jurídica brasileira que acabou assimilando diversas teorias externas. Dessa forma, há quem afirme que com a redemocratização do País, a partir da Constituição 88, ativismo e controle de constitucionalidade passaram a andar juntos, fazendo a questão do ativismo ganhar destaque, só que, diversamente do ocorrido nos Estados Unidos, não houve em nosso País um debate acadêmico acerca do assunto, e o Direito acabou se tornando dependente das decisões judiciais, a ponto da atuação ativista do judiciário ser considerada indispensável para o cumprimento do texto constitucional, o que representa um perigo para o constitucionalismo democrático.

Comungam ainda os autores, do entendimento de que em consequência desse ativismo, o centro de atuação da democracia tem se deslocado do legislativo para o judiciário, levando o juiz a interferir na vida pública de forma acentuada, o que não favorece a democracia.

Portanto, da análise dos autores estudados, constata-se existir um consenso, no sentido de que o Brasil apresenta um sistema híbrido de ativismo judicial, por ter adotado características da *common law*, apesar de vinculado à *civil law*, mas ainda sem definição, pois não logrou superar o positivismo jurídico e a discricionariedade nas decisões, e o judiciário não está cumprindo como deveria, as normas constitucionais. Diante disso, concluem, seguindo Streck, pela necessidade da criação de uma teoria da decisão judicial, voltada ao contexto brasileiro, para adequar o ativismo ao garantismo, a fim de concretizar os direitos fundamentais inserido na Magna Carta.

Há quem entenda que, por conta desse ativismo à brasileira, os juízes acabaram detentores de um poder discricionário, a partir do qual podem decidir contrariando a lei, para fazer justiça, originando assim, uma tensão política, pelo extremismo que atingiu, uma vez que o “juiz boca da lei” foi substituído pelo “juiz que pondera princípios”, agindo de acordo com sua consciência e exercendo um verdadeiro governo.

Marcellino Jr. destaca, a partir do entendimento de Garapon, que mesmo diante da ineficácia do legislativo e do executivo, o judiciário não tem como resolver

os problemas da democracia e da busca pela igualdade social no Brasil, o que somente poderá ser alcançado através da conscientização política a respeito dos deveres cívicos, que cada cidadão deve exercer, e não pelo ativismo judicial, pregado por outros doutrinadores.

Por seu turno, Rosa entende que o juiz precisa se posicionar com relação ao ativismo judicial, porquanto não está preparado para esse novo papel social, a fim de que o judiciário possa contribuir para a definição dos rumos da democracia da própria magistratura, não pelo caminho de interesses econômicos.

A visão de Cappelletti, incentivador do substancialismo, propõe que o juiz, deixando de lado o positivismo da lei, intervenha na sociedade, assumindo postura ativista, dinâmica e inovadora, suprimindo a inoperância dos demais poderes, para que a justiça atinja seu objetivo e o Judiciário se torne o “terceiro gigante”. Portanto, segundo o autor, o juiz, chamado a interpretar a lei, deve esclarecer, transformar e até criar o direito, o que, contudo, não se confunde com o papel do legislador, e nessa função ativista, preenche as lacunas da lei, agindo com discricionariedade e não com arbitrariedade, sem se afastar de sua função de julgador e sem interferir na política, ao contrário, mantendo o necessário equilíbrio com os demais poderes e tornando efetivos os direitos fundamentais inscritos na Constituição.

Na verdade, da leitura dos dois posicionamentos que discutem o melhor papel para o judiciário, colhe-se que os procedimentalistas, como Garapon, combatem o ativismo judicial por entenderem que ele incentiva o paternalismo estatal, enfraquecendo a democracia. Para os substancialistas, ao contrário, o ativismo judicial vem a ser a maneira correta de garantir o cumprimento das normas constitucionais. Mas para Garapon, as duas escolhas não são extremadas, razão pela qual não defende sua proposta como se fosse a mais adequada, e sim, propõe que cada Estado busque seu modelo de justiça que melhor corresponda à sua realidade cultural e jurídica, acreditando que o grande desafio para o juiz do século XXI seja a justiça a serviço do cidadão. Tanto que, para isso, o autor elabora atualmente a reforma do Poder Judiciário francês, apoiado pela Ministra da Justiça, e cujo norte é justamente adequar a justiça do século XXI ao indivíduo, e para isso vê o destino do juiz como paradoxal, pois ao mesmo tempo em que ele se acredita consagrado pela função que desempenha, percebe, atônito, por outro lado, que os conflitos podem ser decididos por outros meios que não apenas o judicial. Logo, o

juiz não pode pretender monopolizar o ato de julgar, porquanto, não mais se concebe uma sociedade regulada pelos juízes, cabendo ao Estado, na verdade, oferecer ao cidadão os meios adequados para que ele próprio possa tentar decidir seus conflitos, antes de buscar o judiciário, pois o juiz não tem como abarcar sozinho a tarefa de solucionar todos os problemas sociais, as questões de direito, administrar os procedimentos judiciais e a proteção das liberdades, dos indivíduos e da justiça. Eis as preocupações de Garapon.

Talvez para o Brasil isso também possa valer.

A questão é altamente complexa, mas o ativismo judicial que se desenvolve no Brasil não levará a bom termo se, conforme mencionado pelos autores invocados, não houver um modo de se cumprir a constituição, sem transformar o judiciário no terceiro gigante.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALMEIDA, Carlos Ferreira. **Introdução ao direito comparado**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. 2008. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/publicacoes/12685_cached.pdf>. Acesso em: 26 maio 2014.

BÉLY, Lucien. **L'Histoire de France**. Paris: Éditions Jean-Paul Gisserot, 2006.

BULLIER, Antoine J. **La common law**. 3.ed. Paris: Éditions Dalloz, 2002.

CADIET, Loïc. L'hypothèse de l'américanisation de la justice française. Mythe et réalité. **L'americanisation Du Droit**, v. 45, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: SAFE, 1999.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. p. 18. In: VIANA, Luiz Werneck. **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte/Rio de Janeiro: UFMG/IUPERJ/FAPERJ, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Barcelona: Ariel, 1989.

_____. O império do direito. In: MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**: (des)encontros entre economia e direito. Florianópolis: Habitus Editora, 2009.

DWORKIN, Ronald. O império do direito. In: STRECK, Lenio Luiz; FERRAJOLI, Luigi; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio; TRINDADE, André Karam (Orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

GALLIMARD, Loisirs. Encyclopédies du Voyage. **France Médiévale**, p. 74.

GARAPON, Antoine. **Entrevista Justices ce qui a changé dans la justice depuis 20 ans**. Paris: Éditions Dalloz, 1999.

_____. **La culture juridique française au choc de la “mondialisation”**. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence - L.G.D.J, 1996.

_____. La démocratie à l'épreuve de la justice. **Revue Justices**, n. 1, 1999.

_____. **Le gardien des promesses justice et démocratie**. Paris: Éditions Odile Jacob, 1996.

_____. **Les Juges un pouvoir irresponsable?** Paris: Édition Nicolas Philippe, 2003.

_____. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

_____.; PAPAPOULOS, Ioannis. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. Cultura Jurídica Francesa e Common Law em uma perspectiva comparada. Tradução de Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____.; PERDRIOLLE, Sylvie; BERNABÉ, Boris. **La Prudence et L'Autorité**. Paris: Odile Jacob, Janvier, 2014.

_____.; PERDRIOLLE, Sylvie; BERNABÉ, Boris. **La Prudence Et L'autorité: L'office Du Juge Au Xxie Siècle**. 2013.

_____.; PERDRIOLLE, Sylvie; BERNABÉ, Boris; KADRI, Charles. **La Prudence Et L'autorité: L'office Du Juge Au Xxie Siècle**. Rapport de l'IHEJ, Mai 2013. Disponível em: <<http://www.justice.gouv.fr>>. Acesso em: 05 out. 2013.

_____.; SALAS, Denis. (Orgs.). **Droit et Morale dans une démocratie d'opinion, la justice et le mal**. Paris: Ed. Odile Jacob, 1997.

GREENHOUSE, Carol. **Perspectives anthropologiques sur l'américanisation du droit**. Archives de philosophie du droit. Paris, Dalloz, 2001, 45, p.50. In: GARAPON, A.; PAPAPOULOS, I.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. 2008.

GUARNIERI, Carlo; PEDERZOLI, Patrizia. **La Puissance de juger**. Préface d'Antoine Garapon. Paris: Éditions Michalon, 1996.

GUÉHENNO, Jean-Marie. **O futuro da liberdade**: a democracia no mundo globalizado. Tradução Rejane Janowitzer. Rio de Janeiro; Bertrand Brasil, 2003.

INCHAUSPÉ, Mme Dominique. **L'Intellectuel Fourvoyé Voltaire et l'Affaire Sirven**. Paris: Éditions Albin Michel S.A., 2004. p. 167-68. Disponível em: <<http://www.albin-michel.fr>>. Acesso em: 30 out. 2013.

JACOB, Robert (sous la direction de). Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes. In: GARAPON, Antoine. **La culture juridique française au choc de la "mondialisation"**. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence - L.G.D.J, 1996.

_____. **Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes**. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1996.

JAUME, L. **La réhabilitation de la fonction gouvernementale de la Ve République**. Esprit, janvier, 2002.

KELSEN, Hans. **Qu'est-ce que la justice?** Editions Markus Haller. Publié avec l'appui de la Ville de Genève. 2012.

LE GALL, Jean-Marie. **Une histoire personnelle de la France – L'Ancien Régime**. Paris: Presses Universitaires de France, 2013.

LUHMANN, Niklas. Politique et complexité, Paris, Cerf, col. "Humanités", 1999. In: GARAPON, A.; PAPADOULOS, I.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. Cultura Jurídica Francesa e Common Law em uma perspectiva comparada. Tradução de Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MANENT, Pierre. **Tocqueville et la nature de la démocratie**. Éditions Julliard, 1982. Librairie Arthème Fayard, 1993, pour la présente édition et la préface. Pages: I,II,II, IV de la Préface.

MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**: (des)encontros entre economia e direito. Florianópolis: Habitus Editora, 2009.

_____. Princípio constitucional da eficiência administrativa: (des)encontros entre economia e direito. In: TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. São Paulo: Editora da USP, 1977.

MÉTAIRIE, Guillaume. **La justice de proximité une approche historique**. Paris: Presses Universitaires de France, 2004.

MONTESQUIEU. **De l'esprit des lois. L'Esprit des Lois**. Paris, Garnier/Flammarion, 1979, p. 146. Tradução de Denise Helena Schild de Oliveira.

NIKLAS LUHMANN, Politique et complexité, Paris, Cerf, col. "Humanités", 1999. In: GARAPON, Antoine; PAPAPOULOS, Ioannis. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. Tradução de Regina Vasconcelos. Cultura Jurídica Francesa e Common Law em uma perspectiva comparada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

OST, François. **Dire le Droit, Faire Justice**. Paris: Brylant, 2007.

POIRIER, Donald; DEBRUCHE, Anne-Françoise. **Introduction Générale à la Common Law**. 3.ed. Bruylant Bruxelles: Yvon Blais Inc., 2005. p. 126-27. Disponível em: <<http://www.editionsyvonblais.com>>. Acesso em: 09 nov. 2013.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

RICOEUR, Paul. Le juste entre le légal et le bon. **Lectures 1**, Paris, Seuil, 1993, p. 74-5.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal**: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**: aportes hermeneuticos. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ROUSSEAU, J.J. **Du contract social**. Paris: Gallimard, 1964.

SALAS, Denis. **La justice dévoyée**. Paris: Éditions des Arènes, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção Direito. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. Jurisdição Constitucional e hermenêutica. In: MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**: (des)encontros entre economia e direito. Florianópolis: Habitus Editora, 2009.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____.; FERRAJOLI, Luigi; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. O que é isto-decido conforme minha consciência?. In: TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Posfácio.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. São Paulo: Editora da USP, 1977.

_____. De la démocratie em Amérique. In: GARAPON, A.; PAPAPOULOS, I.. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. Cultura Jurídica Francesa e Common Law em uma perspectiva comparada. Tradução de Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **De la Démocratie en Amérique**. Choix de textes, introduction, notes, bibliographie et glossaire par Philippe Raynaud. Paris: Editions Flammarion, 2010.

VERÍSSIMO, Marcus Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial à brasileira. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 4, v. 2, p. 407-40, jul./dez. 2008.

VIANNA, Luiz Wernneck. **A judicilaização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, setembro 1999.

_____. et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, setembro 1999.

_____. **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte/Rio de Janeiro: UFMG/IUPERJ/FAPERJ, 2002.

_____. Título. In: GARAPON, Antoine; SALAS, Denis. (Orgs). **Droit et Morale dans une démocratie d'opinion, la justice et le mal**. Paris: Ed. Odile Jacob, 1997.

VOLTAIRE, François-Marie Arouet. **Traité sur la Tolérance**. Paris: Éditions Gallimard, 1975.

WEBER, Max. Sociologie du droit, prefácio de Philippe Raynaud, trad. J. Grosclaude, Paris, PUF, 1986, p.126-127. In: GARAPON, Antoine; PAPADOULOS, Ioannis. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. Cultura Jurídica Francesa e Common Law em uma perspectiva comparada. Tradução de Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.