

A importância do Juspositivismo na aplicação do Direito



Eliana Borges de Mello Marcelo

Juíza Federal. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Escorço histórico. 2 Breve panorama do Juspositivismo. 2.1 Direito Natural e Jusnaturalismo. 2.2 A Doutrina Contratualista. 2.3 Direito Positivo – Juspositivismo. 3 Estado Democrático de Direito, princípio informador e o exercício da jurisdição. 3.1 O que é lei e seus destinatários. 3.2 Princípio da legalidade. 3.3 Espécies normativas previstas no texto constitucional. 3.4 As lacunas da lei. 3.5 Limites de interpretação. 3.6 O poder discricionário do juiz. 3.7 O juiz modifica a lei ou a complementa. Conclusão. Referências bibliográficas.

Introdução

O Poder Judiciário evoluiu no tempo, constituindo-se em um instrumento de grande poder para a defesa dos direitos fundamentais.

Inegável é a sua atuação nesse sentido, tendo o Magistrado um papel de destaque na avaliação, aplicação e transformação do direito posto, em face dos princípios e normas constitucionais, legitimando os direitos conquistados ao longo do tempo, consequência da evolução dos povos, e valorando, com um alto grau de criatividade, a realização dos direitos sociais.

Com vistas à observação atenta dessa evolução, este artigo tentará alçar o trabalho do Magistrado na aplicação do Direito, cujos poderes lhe são conferidos pela Constituição Federal, fazendo uso da sua independência criativa, cuja atuação, em alguns casos, cria direitos, muitas das vezes fundamentados no senso de “justiça natural”.

Para muitos, o Poder do Juiz não vai além do que autoriza a lei e, nesse sentido, não chega a fazer Justiça. Para os que pensam dessa forma, o Direito revela-se como uma ciência exata, o que não é verdade. A interpretação, nesse contexto, tem um papel fundamental, pois caminha com a evolução

dos tempos, e essa é a mola mestra para dizer o direito, porque os interesses defendidos pelo Juiz devem estar comprometidos com os direitos fundamentais dos cidadãos, por sintetizar a atuação do Poder Jurisdicional a emanção de um dos Poderes do Estado Democrático, ao lado dos Poderes Executivo e Legislativo.

Não se pode falar em aplicação da lei sem saber o que ela significa, de onde provém, a quem se destina e como deve ser empregada, sendo necessária uma breve incursão aos aspectos processuais que envolvem o tema.

Nos dizeres de Mauro Cappelletti, “a melhor arte de redação das leis, e mesmo o uso da mais simples e precisa linguagem legislativa, sempre deixam, de qualquer modo, lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz e sempre permitem ambiguidades e incertezas que, em última análise, devem ser resolvidas na via judiciária”,¹ lacunas cujo preenchimento deve encontrar suporte na Carta Maior.

Deve-se observar que a evolução antes mencionada acabou por incutir no homem uma nova mentalidade. Valendo-se de vários princípios, como o da igualdade, o homem acabou por mudar preconceitos até então cultuados, exigindo o cumprimento de direitos afirmados e reafirmados no curso da história, inclusive rebelando-se contra as ilegalidades dos governantes por meio de instrumentos processuais próprios e adequados, e é há muito considerado como o único detentor do Poder, afinal o Poder emana do Povo.²

Nesse ponto, o papel do Magistrado encontra destaque, na medida em que garante ao vencedor da demanda o direito disputado, mesmo contra a vontade do seu governante, porque a Constituição lhe confere ações com

o cunho de coarctar eventuais abusos ou ilegalidades existentes. Não se trata de privilégio, por se embasar em princípios constitucionais estabelecidos.

Para este trabalho e considerando o foco na jurisdição federal, não nos traz importância o papel do Magistrado nas lides discutidas entre particulares, embora não menos importantes, pois o Magistrado se limita, nessa hipótese, a aplicar a lei ao caso concreto ou, quando muito, a utilizar-se da analogia ou princípios gerais de Direito, dando solução ao caso concreto, para pacificar essas lides.

As lides voltadas contra o Poder Público, objeto deste trabalho, sim, encontram fundamental interesse quando envolvem a análise e a declaração do direito posto, frente ao ordenamento que não se compatibiliza com o texto constitucional.

É o Magistrado, como órgão do Poder Judiciário, que declara em última instância os direitos invocados em face da Constituição, seja *inter partes* ou *erga omnes*, e a importância da jurisdição federal ressoa quando a legislação, feita pelos governantes, deve ser aplicada contra eles.

A análise e declaração desses direitos são atribuídas pela Constituição Federal ao Poder Judiciário, consoante estrutura que lhe conferiu, cabendo ao Juiz efetuar a sua análise de forma desapaixonada,³ cujos meandros, em breves linhas, serão analisados.

1 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 20-21.

2 Artigo 1º, parágrafo único, da CF: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

3 Nos dizeres de Luís Roberto Barroso: “A paixão, que é a expressão de um sentimento ou de uma emoção, sempre intensos, movida pelo inconsciente, é, quando não a *pièce de résistance*, ao menos o tempero necessário à razão científica. O domínio das paixões é muito vasto. Para além da paixão amorosa e da paixão sexual, os sentidos passam pela glória, pelo medo, pela inveja, pelo ciúme, pela cobiça, pela amizade, pela liberdade. A paixão, em si e por si, não é ética, não é politicamente correta, não é engajada. Mas é possível canalizá-la, dar-lhe um sentido valorativo e explorar-lhe as potencialidades. A paixão bem direcionada é uma energia poderosa a serviço da causa da humanidade”. (BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 603.)

1. Escorço histórico

Para entender o direito como norma posta para ser aplicada, devemos saber o que vem a ser Constituição e os direitos que ela confere aos seus povos. Não se pode passar ao largo da história da conquista dos direitos. Ainda que brevemente, traçaremos um retrospecto dessa conquista, com a clara ideia da evolução dos direitos, desde a Antiguidade até os dias atuais, em que o homem chegou à lua, num avanço ávido de conquistas tais como as tecnológicas, cujo progresso tende a abalar direitos universais, sendo as leis *lato sensu e stricto sensu* importantes para restringir, coibir e até indicar os direitos que devem prevalecer nessas relações.

Os registros históricos nos mostram que, desde a Antiguidade – época em que prevalecia a dominação entre os povos, retratada pela demonstração de força e poder⁴ –, os homens já sentiam a necessidade de leis que os guiassem. Esse sentimento, resultado do crescimento populacional e cultural, transmitido e aumentado através das gerações⁵ seguintes, determinou a necessidade de fixar limites de atuação, por meio de normativos que mantivessem a ordem, regulando o comportamento humano. Esse limite de atuação denominou-se Constituição, diz J. H. Meirelles Teixeira, citando Jellinek.⁶

Já na Idade Média, fundiam-se a política e a religião, constituindo-se a ideia de Estado⁷ uma natureza até então desconhecida, concebida, desde a Antiguidade, como a representação da força do faraó, do rei e do imperador sobre os súditos.

Essa evolução revelou um novo relacionamento do indivíduo com o Estado,⁸ agora

tuto, em cuja conformidade se realiza e se forma a vontade do grupo, observa Jellinek. E acrescenta que a esse estatuto, que fixa os limites da esfera de ação do grupo, e regula, ao mesmo tempo, a situação de seus membros, entre si e em relação à própria comunidade, denomina-se Constituição. Assim, é necessário que cada Estado tenha sua Constituição, mesmo os submetidos a um regime de puro arbítrio, pois a ausência de Constituição seria equivalente à anarquia”. (TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 79.)

7 “O Estado é a mais complexa das organizações criadas pelo homem. Pode-se até mesmo dizer que ele é sinal de um alto estágio de civilização. Nesse sentido, o Estado aparece num momento histórico bem preciso (século XVI). Não se nega que a Antiguidade Clássica (as cidades gregas e o Império Romano) já apresentasse sinais precursores dessa realidade. Todavia, preferem os autores localizar o seu aparecimento no início dos tempos modernos, uma vez que só então, em última análise, se reúnem, nas entidades políticas assim denominadas, todas as características próprias do Estado”. (BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria geral do Estado e ciência política*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, p. 29.)

No mesmo sentido descreve Engels (*A origem da família, da propriedade privada e do Estado*) apud Jorge Miranda: “O Estado é um produto da sociedade, quando esta chega a um determinado grau de desenvolvimento; é a confissão de que essa sociedade se enredou numa irreductível contradição consigo mesma e está dividida por antagonismos irreconciliáveis. Para que esses antagonismos, essas classes com interesses econômicos colidentes, não se devorem e não consumam a sociedade numa luta estéril, torna-se necessário um poder colocado aparentemente acima da sociedade, chamado a amortecer o choque e a mantê-lo dentro dos limites da ‘ordem’: esse poder é o Estado”. (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, tomo III, p. 15.)

8 Para Santi Romano: “A palavra ‘estado’ deriva do latim *status*, que significa estado, posição e ordem. Em seu sentido ontológico, Estado significa um organismo próprio dotado de funções próprias, ou seja, o modo de ser da sociedade politicamente organizada, uma das formas de manifestação do poder. Como já foi dito anteriormente, a denominação ‘Estado’ nem sempre foi utilizada para expressar sociedade política, pois essa designação só foi aceita a partir dos séculos XVI e XVII. Por exemplo, na Grécia antiga, usava-se a expressão *polis*, que significa cidade, enquanto os romanos utilizavam a palavra *civitas*”. (apud BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria geral do Estado*

4 Paulo Bonavides, quando trata da Teoria do Estado, relata em que consistia o Estado Antigo: “numa extremidade, a força bruta das tiranias imperiais típicas do Oriente; noutra, a onipotência consuetudinária do Direito ao fazer supremo, em certa maneira, a vontade do corpo social, qualitativamente cifrada a ética teológica da *pólis* grega ou no zelo sagrado da coisa pública, a *res pública* da *civitas* romana”. (BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 20.)

5 Celso Ribeiro Bastos descreve esse crescimento brilhantemente. Diz ele: “A sociedade evoluiu da *celula mater* (família) para os grupos familiares (clãs), destes para as cidades, das cidades para os Estados, destes para a nação, e desta para as grandes comunidades internacionais, que nada mais são do que o reflexo do processo de globalização pelo qual está passando o mundo neste final de século”. (BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria geral do Estado e ciência política*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, p. 19.)

6 “Todo o grupo permanente tem necessidade de um esta-

pela existência de uma ordem jurídica, acima dos embates levados a cabo, inclusive contra o próprio governante, cuja soberania,⁹ dita por Paulo Bonavides, inaugurou o Estado de Direito, no século XVIII, época em que eclodiu a Revolução Industrial, inspirada na Era Iluminista e ditada pela expansão mercantilista, em franca oposição ao Absolutismo.

Havia a necessidade de subjugar o governante à autoridade da lei e, com isso, novas leis haviam de ser editadas, porquanto as existentes não satisfaziam os anseios da época. Nascia, então, a ideia de um Estado mínimo, destinado a atuar apenas na satisfação básica dos indivíduos. O Poder do Estado, até então considerado como legitimado pela ordem jurídica, devia a ela se submeter de acordo com a vontade dos governados. Era a legitimação de uma nova ordem: a sociedade se organizava fazendo das leis uma ordem para a satisfação social, tutelando os direitos dos cidadãos, e não do Estado, mas, ao contrário, para que pudessem se voltar contra ele. Passou-se, assim, a regular a relação do Estado e seus integrantes, garantidora dos direitos individuais e limitadora do arbítrio Estatal.

Instalou-se o Estado constitucional, nascido após a Revolução da Independência Americana e a Revolução Francesa, com a separação dos Poderes, refazendo-se as instituições, sob a premissa de igualdade de todos perante a lei. Institucionalizou-se a igualdade entre os homens e a soberania do povo, dita-

da pelo regime representativo, conferido pela escolha dos governantes.

Estava posto, nos dizeres de Paulo Bonavides, o reconhecimento clássico do princípio da separação dos Poderes, comprometida com os direitos políticos e civis, formadores dos direitos fundamentais da primeira dimensão, denominado Estado Liberal.¹⁰

Nessa evolução, entramos no denominado Estado Neoliberal, formado pela globalização e aproximação dos povos, estando os Estados instados a pautar seus comportamentos nessa relação internacionalizada, de cooperação mútua, respeito aos problemas mundiais apresentados pelo mundo moderno, como a fome, a poluição, a repressão aos crimes organizados e ao desarmamento, inclusive o nuclear, dentre outros, regras que impõem verdadeiro ônus aos não aderentes, como o estabelecido no Pacto de Kyoto, etc. Nessa universalização de direitos ético-sociais, a vida do ser humano, conforme alerta Pietro de Jesús Lora Alarcón, citando Siches Recasens, “começou a ser tratada como a da pessoa sujeito da lei moral; o único ser que não tem preço, que não tem um valor somente relativo, senão que tem um valor em si mesmo, sua dignidade, e constitui um autotím”.¹¹

Diante desse panorama, cuja evolução dos tempos nos faz concluir serem inerentes à garantia e à satisfação das individualidades dos povos os ordenamentos aptos para essa concreção, denominados Constituição, pode-se afirmar que

e ciência política. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, p. 35.)

9 Leciona Paulo Bonavides que a autoridade do Estado encontrava razão de ser na pessoa do governante, dissolvida ao longo do tempo num lento processo, “constelação de poderes desiguais e privilegiados do sistema feudal até se transformar, em época posterior das revoluções do poder do monarca de direito divino, no soberano titular de império incontestável, no rei absoluto, donde se irradiavam todas as competências e atribuições governativas, rei que se afigurava aos súditos a cabeça, o penhor e a efigie das leis fundamentais do reino, agora repassadas ao centro de uma governança absoluta, de que a soberania era o conceito, e o Estado o órgão, ambos em dimensão abstrata”. (BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 22.)

As Constituições positivas serão, portanto, partes vivas da Cultura total, determinações históricas e humanas que representam esse esforço de realização, nas comunidades políticas, mediante técnicas e instituições adequadas à conjuntura sócio-histórica, dos valores

¹⁰ *Ibidem*, p. 31.

¹¹ ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Método, 2004, p. 73.

supremos de Ordem, Segurança, Liberdade e Justiça, que a filosofia tomista sintetiza, esplendidamente, na noção de Bem Comum.¹²

Esse conceito servirá de guia para as considerações quanto ao papel do magistrado na análise das leis que se voltam contra a Constituição, captado e inspirado em bens maiores do que a literalidade de um texto jamais conseguirá alcançar.

2. Breve panorama do Juspositivismo

2.1 Direito Natural e Jusnaturalismo



O conceito de Direito Natural será analisado sob a ótica da filosofia de Aristóteles (384-322 a.C.), cuja noção para muitos ainda permanece um enigma, pois suas investigações foram marco importante a diversas disciplinas, como a lógica, a biologia, a psicologia, a estética, a política e a ética, classificando e sistematizando essas disciplinas.

A obra *Ética a Nicômaco* (batizada com o nome de seu filho) é a que mais nos interessa, pois desenvolve uma teoria de justiça, não tratada pela sua segunda obra, denominada *Eudemo* (nome de um de seus pupilos). Voltaremos à teoria da justiça em capítulos subsequentes; neste tópico, interessa-nos a visão do Direito Natural que ele traçou.

Busquemos as lições de Michel Villey

para entender o Direito Natural de Aristóteles. Segundo o conceito desse autor, “consiste numa proporção (*ison ou aequum*) das coisas divididas entre pessoas”¹³ – definição que atende ao Direito Natural, tido como a primeira forma de direito, ou seja, o Direito Natural preexiste antes de qualquer formulação feita pelo homem, pois se encontra em todas as relações, não importando se essa relação é justa ou não, conforme descreve Aristóteles em seu livro V, *Ética a Nicômaco*.

Podemos afirmar que todo homem é sociável, vivendo em grupamentos sociais, dos quais decorrem relações, e são dessas relações que as normas positivam. Para os naturalistas, o Direito Natural é a causa a partir da qual se formam as normas, diversamente do pensamento dos jusnaturalistas, que acreditam possuir o Direito Natural sob a forma de “máximas escritas”. Segundo Villey, “O jurista trabalha a partir de um estado de coisas existente, mas não o confunde com o Direito Natural. Sua missão continua sendo a de verificar se a proporção efetiva entre os bens de uns e de outros se afasta do justo meio-termo, que é a ordem natural”.¹⁴

Pela obra de Aristóteles já se observa uma preocupação com a política, mas uma política voltada para o povo, colocada de acordo com as necessidades de povos distintos e com estruturas específicas. Seus questionamentos ingressavam em uma espécie de direito constitucional, como o direito das pessoas, ao casamento, à sucessão, de propriedade e de firmar contratos válidos e oponíveis, segundo os direitos concebidos naturalmente.

Aristóteles percebeu que a constituição de uma cidade depende de sua estrutura social – *Politie* –, sendo “impossível, então, separar o Direito Público do Direito Privado”.¹⁵

¹² TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 77.

¹³ VILLEY, Michel. *Filosofia do direito - Definições e fins do direito - Os meios do direito*. Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, tomo 2, título segundo - capítulo 3, p. 358.

¹⁴ *Ibidem*, p. 361.

¹⁵ *Ibidem*, p. 363.

Podemos dizer que o Direito Natural não foi abandonado ou esquecido e vem sendo estudado no curso da história, dele extraíndo-se novas visões, como a análise a partir de Santo Tomás de Aquino, citada por Villey:

Redescoberto na Idade Média pelos glossadores, vivo sob o Antigo Regime, e obstinadamente conservado pelos juristas da *Common Law*, o método dos casos começa a ser novamente respeitado. Ele implica o pressuposto de que as fontes primeiras não são os textos, nem os princípios da Razão pura, nem as crenças comuns do grupo – mas que o direito é em primeiro lugar extraído da “natureza das coisas”, ou, como dizia São Tomás acompanhando Aristóteles, de uma consideração da coisa: *consideratio rei*.¹⁶

Não podemos nos esquecer de que temos uma ordem natural das coisas, e essa ordem, de Direito Natural, sobrevive nos dias atuais, equilibrada em uma proporção do justo e do injusto, em relação aos bens hoje tutelados. Essa ordem natural nos permite aferir o que é certo do que é errado.

Atualmente, temos presenciado manifestações nas ruas para reivindicações das mais diferentes causas, como a iniciada por um movimento denominado Passe Livre em 2013. A partir desse protesto, vemos a adesão de novas reivindicações engrossando um movimento por todo o país, para pleitos como o do arquivamento da PEC 37 (Projeto de Emenda Constitucional que afastava o Poder do Ministério Público a participar de investigações), do combate à corrupção, melhores condições de saúde, educação e serviços públicos condizentes com os altos impostos pagos.¹⁷

Se voltarmos no tempo, veremos que as lutas de classes e o poder revolucionário sempre existiram, isso é o direito latente contido no íntimo do cidadão sobre esse senso de injusto. Esse sentido de justiça pode ser buscado no Direito Natural. Aristóteles já notava essa relação quando discorreu sobre esse senso do injusto.¹⁸ Do exemplo antes citado, podemos distinguir condutas lícitas e ilícitas, dentro de um mesmo contexto. A reivindicação feita por todo o país pode-se dizer como

por uma insatisfação latente por melhores condições de vida. A classe média reivindica um país que observe a diminuição das diferenças sociais, sem corrupção política, por um Poder Judiciário mais efetivo, luta por um novo Brasil; luta como essa só tivemos notícias na época em que houve o *impeachment* do então Presidente Fernando Collor de Mello, ocorrido na década de 90 e, no ano de 2016, que culminou com o *impeachment* da então Presidente Dilma Rousseff. Não se pode dizer que a reivindicação decorreu do simples aumento dessa tarifa. O que temos visto é a revolução de uma classe média descontente, sem qualquer interferência político partidária, lutando por um país mais organizado, igual e justo.

18 “Em relação à justiça e à injustiça temos de investigar com que tipo de ações precisamente elas estão envolvidas, em que sentido a justiça é a observância de um meio-termo, e quais são os extremos entre os quais aquilo que é justo é o meio-termo...”*

Observamos que todo o mundo entende por justiça aquela disposição moral que torna os homens aptos a fazer coisas justas, que os faz agir justamente e desejar aquilo que é justo; e, da mesma forma, por injustiça aquela disposição que faz os homens agirem de modo injusto e desejarem aquilo que é injusto. Tomemos esta definição inicial como sendo correta em geral...

... Os termos ‘justiça’ e ‘injustiça’ são usados em vários sentidos, mas como seus usos equívocos estão intimamente relacionados, a equívocidade não é detectada...

Averigüemos, então, em quantos sentidos se diz que um homem é ‘injusto’. Ora, o termo ‘injusto’ se aplica tanto ao homem que transgredir a lei como ao homem que toma mais do que lhe é devido, o parcial. Disso fica claro que o homem obediente à lei e o homem imparcial serão justos. Por conseguinte, ‘justo’ significa o que é lícito e o que é equânime ou imparcial, e ‘injusto’ significa o que é ilícito e o que é não equânime ou parcial.

Por outro lado, como o homem injusto é aquele que toma a parte maior, ele será injusto com referência às coisas boas; nem todas as boas coisas, mas sim aquelas das quais dependem a boa e a má sorte. Embora estas sempre sejam boas num sentido absoluto, nem sempre são boas para uma pessoa determinada. Contudo, são os bens pelos quais os homens rezam e que eles procuram, embora não devessem fazê-lo; deviam sim ao escolher as coisas que são boas para eles rezar que aquilo que é absolutamente bom também possa ser bom para eles”. (MORRIS, Clarence (Org.). *Os grandes filósofos do direito*. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 6.)

¹⁶ *Ibidem*, p. 369.

¹⁷ Essas reivindicações iniciaram a partir do aumento da tarifa dos transportes públicos correspondente a R\$ 0,20 (vinte centavos). A população se expressa publicamente

justa, revelando o poder de expressão e a vontade manifestada como justa em face dos entes políticos. Entretanto, no contexto reivindicatório, várias ocorrências dão conta de excessos produzidos por manifestantes, que destoavam da sua maioria. Citemos depredações, saques em lojas, danos ao patrimônio histórico e vandalismo. Essas condutas são insitas ao Direito Natural, porém moralmente ilegítimas. Assim, podemos dizer que o Direito Natural contém uma ordem natural das coisas, repelindo aquelas que não se ajustam às suas proposições.

Voltemos, assim, ao surgimento do Direito Natural como regra estabelecida. Surge a Escola do Direito Natural ou do Jusnaturalismo, distinta da concepção clássica do Direito Natural aristotélico tomista. Para São Tomás, primeiro se dá a “lei” e depois surge o problema, enquanto, para a outra doutrina, primeiro (Direito Natural) coloca-se o “indivíduo” com o seu poder de agir, para depois pôr a “lei”.

O Contratualismo é a alavanca do Direito na época moderna. “O Direito existe, respondem os jusnaturalistas, porque os homens pactuaram viver segundo regras delimitadoras dos arbítrios”. “A sociedade é fruto do contrato dizem uns; enquanto que outros, mais moderados, limitarão o âmbito da gênese contratual: — a sociedade é um fato natural, mas o Direito é um fato contratual”.¹⁹

Assim, podemos concluir, quanto ao Direito Natural, que o Estado, em uma era primitiva, não produzia leis. As formadoras do Direito eram leis naturais que regiam o cosmos, delas se tirava a ideia de justiça, por uma espécie de convenção entre os homens (*jus gentium*), Direito Natural que parecia imutável, seriam os direitos regidos pelas leis e costumes próprios e comuns a todos os homens. Assim como os animais irracionais cujas necessidades são ditadas pela natureza, os homens, diferentemente, porém sob o

mesmo princípio, como seres racionais, passaram a estabelecer o que seria bom e justo, dentro de uma universalidade, de um critério moral, como pensado por São Tomás de Aquino, cuja teoria não apresentou muitas lacunas, comparadas a outras.

São Tomás tinha uma visão total do mundo. Para ele o “Tratado da Lei Divina tem o cuidado de demonstrar que a ‘Lei’ do Evangelho não é jurídica e que não inclui preceitos de ordem jurídica (*iudicialia*) —, que esta lei atua em uma outra esfera”.²⁰ Porém, essa visão do Direito como visão cristã permaneceu no pensamento dos jusnaturalistas, diferentemente do atual Direito Positivo, o qual, no curso do tempo, passou a ser considerado sob outro aspecto, excluindo o Direito Natural como Direito, o que ocorreu com a passagem da sociedade medieval à formação do Estado moderno.²¹

Para o Direito Natural, haveria um sis-

20 VILLEY, Michel. *Filosofia do direito* - Definições e fins do direito - Os meios do direito. Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, tomo 1, segunda seção - capítulo 1, artigo III, p. 117.

21 “A sociedade medieval era uma sociedade pluralista, posto ser constituída por uma pluralidade de agrupamentos sociais cada um dos quais dispoendo de um ordenamento jurídico próprio: o direito aí se apresentava como um fenômeno social, produzido não pelo Estado, mas pela sociedade civil. Com a formação do Estado moderno, ao contrário, a sociedade assume uma estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes, em primeiro lugar aquele de criar o direito: não se contenta em concorrer para esta criação, mas quer ser o único a estabelecer o direito, ou diretamente através da lei, ou indiretamente através do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária. Assiste-se, assim, àquilo que em outro curso chamamos de *processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado*. A esta passagem no modo de formação do direito corresponde uma mudança no modo de conceber as categorias do próprio direito. Estamos atualmente tão habituados a considerar Direito e Estado como a mesma coisa que temos uma certa dificuldade em conceber o direito posto, não pelo Estado, mas pela sociedade civil. E, contudo, originariamente e por um longo tempo, o direito não era posto pelo Estado: basta pensar nas normas consuetudinárias e em seu modo de formação, devido a um tipo de consenso manifestado pelo povo através de um certo comportamento constante e uniforme acompanhado da assim chamada ‘*opinio juris ac necessitatis*’”. (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006, p. 27.)

19 REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, título XI, capítulo XLI.

tema normativo justo cuja justiça se basearia em uma ordem moral absoluta. Por essa razão é que os jusnaturalistas se referem a um elemento Divino, como se a origem desse sistema tivesse como ponto central uma razão metafísica (um Deus criador), com valores absolutos e com força transcendental, que obriga a todos e universalmente válidos.

Para os jusnaturalistas, a crença reforça a existência de ordem de cunho moral e absoluto e a positividade daí decorrente. É uma premissa ontológica. Essas normas, para o Direito Natural, seriam comandos do “dever ser”, ou seja, pela ordem moral, os indivíduos devem se comportar segundo esse comando vinculante, transcendente e absoluto.

Nesse contexto, ficaria difícil reconhecer a que ordem jurídica absoluta deveríamos recorrer, já que é metafísica, e como se posicionar perante ela. A essa problemática ficaríamos sem respostas, pois haveria dificuldades em reconhecer uma norma moral absoluta entre os seres humanos, o que é moral para um pode não ser para outro. A esse conflito de normas de ordem natural os teóricos procuram dar solução por meio de uma construção epistemológica. Essa premissa encontra fundamento na gnoseologia, segundo a qual os valores do Direito Natural são absolutos e devem ser conhecidos, não importa a forma.

Assim, para o Direito Natural, o plano transcendental valida a obrigação jurídica, que é a um só tempo obrigação moral e de direito, incidíveis, ou seja, a obrigação jurídica derivaria de um sistema maior tendo como premissa a obrigação moral – absoluta e transcendental.

2.2 A Doutrina Contratualista

A Doutrina Contratualista teve início com Thomas Hobbes (1588-1679), autor do clássico *Leviatã* (1651), em referência à época vivida na Inglaterra. Obra criticada e elogiada pelos pensadores políticos daquela época, livro que favorecia a monarquia inglesa pelos

seus pensamentos; o autor, inclinado a tanto, talvez por ter sido tutor do príncipe de Gales, que posteriormente tornou-se Carlos II.

No “modelo” hobbesiano, a soberania é a alma do Estado – pela premissa cumpra meus mandamentos e obterá proteção. Esse modelo racional eleva a lei em primeiro plano, adquirindo um *status* independente dos “fatos” da natureza.²²

22 “O direito de natureza, que em geral os autores chamam de *Jus Naturale*, é a liberdade que cada homem tem de usar seu próprio poder, como quiser, para a preservação de sua própria natureza, o que vale dizer, de sua própria vida; e, por conseguinte, de fazer tudo aquilo que seu próprio julgamento e razão concebam ser os meios mais apropriados para isso.

Por *liberdade* entende-se, de acordo com o próprio significado da palavra, a ausência de impedimentos externos; impedimentos estes que, com frequência, tiram parte do poder do homem de fazer o que faria; mas que não podem impedi-lo de usar o poder que lhe restou, de acordo com o que seu julgamento e razão lhe ditarem.

Uma *lei da natureza* (*Lex Naturalis*) é um preceito ou regra geral, descoberto pela razão, pelo qual um homem é proibido de fazer aquilo que pode destruir sua vida ou privá-lo dos meios de preservá-la; e de omitir aquilo que ele pensa que melhor pode preservá-la. Porque, embora aqueles que tratam desse tema costumem confundir *jus* e *lex*, *direito* e *lei*, eles devem ser diferenciados; porque direito consiste na liberdade de fazer ou de abster-se; ao passo que a lei determina ou obriga a uma dessas coisas; de modo que lei e direito se distinguem tanto como obrigação e liberdade, que são incompatíveis quando se referem a uma mesma e única matéria [...] Quando se faz um pacto em que nenhuma das partes cumpre logo em seguida, mas uma confia na outra, na condição de simples natureza (que é uma condição de guerra de todos os homens contra todos os homens), qualquer suspeita razoável o anula. Mas, se houver um poder comum estabelecido sobre ambos, com direito e força suficiente para obrigar seu cumprimento, ele não é nulo. Porque aquele que cumpre primeiro não tem nenhuma garantia de que o outro cumprirá depois; porque os vínculos das palavras são fracos demais para refrear a ambição, a avareza, a ira e outras paixões dos homens, se não existir o medo de algum poder coercitivo, impossível de ser suposto na condição de simples natureza, na qual todos os homens são iguais, e juízes da justiça de seus próprios temores. Portanto, aquele que cumpre primeiro não faz mais do que entregar-se a seu inimigo, contrariando o direito (que jamais pode abandonar) de defender sua vida e seus meios de vida.

Mas, num Estado civil onde existe um poder instituído para reprimir aqueles que, caso contrário, violariam sua fé, esse temor deixa de ser razoável; e, por esse motivo, aquele que pelo pacto deve cumprir primeiro está obrigado a fazê-lo...”. (MORRIS, Clarence (Org.). *Os grandes filósofos do direito*. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 106 e 107.)

Locke já expõe uma Doutrina Contratualista e metafísica do Jusnaturalismo.²³ A teoria lockiana da propriedade “põe o trabalho no centro da relação entre indivíduo e natureza (e mundo exterior)”. “O mundo social e as relações de produção giram em torno do fulcro proprietário (individualista): não são resultado de um equilíbrio coletivo preexistente e previamente definido”.²⁴

Para Locke o Estado é separado em Poder Legislativo e Executivo, sendo o legislativo proveniente da democracia popular,²⁵

23 “Se o homem no estado de natureza é tão livre como se disse, se é senhor absoluto de sua própria pessoa e de suas posses, igual ao maior de todos e súdito de ninguém, por que abandona sua liberdade, esse império, e se submete ao domínio e controle de algum outro poder? Ao que é óbvio responder que, embora no estado de natureza ele tenha tal direito, ainda assim o gozo dele é muito incerto e está constantemente exposto à violação por parte de outros [...] Porém, embora, quando entrem em sociedade, os homens desistam da igualdade, da liberdade e do poder executivo que tinham no estado de natureza, pondo-os nas mãos da sociedade para que deles disponha, por meio do legislativo, conforme o exija o bem da sociedade, ainda assim, como cada um, ao fazer isso, tem apenas a intenção de melhor preservar a si mesmo, à sua liberdade e propriedade (pois não se pode supor que alguma criatura racional mude intencionalmente sua condição para pior), jamais se pode supor que o poder dessa sociedade ou do legislativo por ela constituído se estenda além do bem comum, estando, ao contrário, obrigado a assegurar a propriedade de cada um, prevenindo-se contra aquelas três insuficiências mencionadas anteriormente que faziam o estado de natureza tão inseguro e intranquilo. Assim, quem quer que detenha o poder supremo ou legislativo de qualquer Estado está obrigado a governá-lo por meio de leis fixas estabelecidas, promulgadas e conhecidas pelo povo, e não mediante decretos extemporâneos, por meio de juízes imparciais e probos, aos quais cabe decidir controvérsias seguindo essas leis; e a empregar a força da comunidade no país apenas na execução de tais leis, ou no exterior para impedir ou reparar injúrias estrangeiras e garantir a comunidade contra incursões ou invasões. E tudo isso deve estar voltado para nenhuma outra finalidade senão a paz, a segurança e o bem público do povo”. (*Ibidem*, p. 149.)

24 PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do direito*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005, p. 33.

25 “Embora num Estado constituído, assentado sobre suas próprias bases e agindo de acordo com sua própria natureza — isto é, agindo para a preservação da comunidade —, só possa haver um único poder supremo, que é o legislativo, ao qual todos os demais estão e devem estar subordinados, mesmo assim, sendo o legislativo apenas um poder fiduciário para agir visando a certos fins, ainda permanece nas mãos do povo o poder supremo para afastar ou alterar o legislativo quando julgar que age de forma

estando garantida a liberdade e impedindo o arbítrio de outrem (da vontade alheia), cujas leis devem ser administradas por juízes previamente constituídos e publicamente investidos de autoridade.

Enquanto para Locke o exercício do poder é o remédio, para Hobbes o poder é “totalmente” instrumental – absolutamente indisponível.

2.3 Direito Positivo - Juspositivismo

Não há na história um marco delimitador de passagem, indicando a transposição do Direito Natural para o Direito Positivo. Porém, os responsáveis por grandes alterações nesse cenário foram Comte, Schmitt e Kelsen.

O grande evento que marcou o período em que viveram esses filósofos foi a Revolução Francesa (Iluminismo), considerando que Isidore Auguste Marie François Xavier Comte (1798-1857) vivia na França na época em que eclodiu a Revolução.

As revoluções Industrial e Francesa permitiram que a filosofia de Comte obtivesse destaque, pois, acima dos embates sofridos no período, Comte defendia a ordem e o progresso.²⁶

contrária à confiança nele depositada. Pois, uma vez que o poder concedido em confiança para a consecução de um fim, limitado por esse próprio fim, for manifestamente negligenciado ou contrariado, a confiança deve necessariamente ser retirada e o poder devolvido às mãos daqueles que o concederam, que podem colocá-lo de novo onde julgarem melhor para sua segurança e proteção. Desse modo, a comunidade mantém perpetuamente o poder supremo de salvaguardar-se dos intentos e desígnios de qualquer pessoa, até mesmo de seus legisladores, sempre que estes forem tão tolos ou iníquos a ponto de planejar e levar a cabo desígnios contrários às liberdades e propriedades dos súditos...”. (MORRIS, Clarence (Org.). *Os grandes filósofos do direito*. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 150-151.)

26 “No século passado, essa concepção levou à ideia de progresso, isto é, de que os seres humanos, as sociedades, as ciências, as artes e as técnicas melhoram com o passar do tempo, acumulam conhecimento e práticas, aperfeiçoando-se cada vez mais, de modo que o presente é melhor e superior, se comparado ao passado, e o futuro será melhor e superior, se comparado ao presente.

Essa visão otimista também foi desenvolvida na França

Foi nessa fase que a ideia de codificar o direito ganhou destaque, mesmo porque a França não possuía uma codificação simplificada. Pretendia-se que a codificação confusa e antiga cedesse lugar a um direito simples e unitário, fato que remetia ao direito fundado na natureza. Entretanto, o avanço e o desenvolvimento histórico, aliados ao pensamento dos iluministas, permitiram uma racionalização dos ordenamentos. Naquela época, já se preocupavam com a multiplicidade de leis, sob a ideia de que a multiplicidade de leis seria fruto da corrupção.

A codificação pretendida tinha como escopo facilitar o trabalho do Poder Judiciário consistente na verificação de um juízo de fato dos casos que lhe fossem apresentados.

Mas, para alguns doutrinadores, como Norberto Bobbio, a transposição da teoria natural para o Juspositivismo, considerando a história do direito e que este é o imposto pelo Estado, já teríamos o início dessa positivação no Direito Canônico. Porém, é no direito anglo-saxônico que ele conclui que a *Common Law* deu um passo importante

para a consolidação do Estado Parlamentar, citando Thomas Hobbes (que considerou o precursor do positivismo jurídico – para situar sua doutrina de criação do Estado em face do direito comum), pois nela se postulava em face do Estado, para diferenciar o direito comum do poder do Rei, este dito por meio de seus juízes. O rei, ao exercer a *jurisdictio* (por meio de seus juízes), era obrigado a aplicar a *Common Law*, limitando o poder do soberano. Mas nesse aspecto, Bobbio faz uma concepção dual do positivismo, que seria o formalismo e o imperativismo.²⁷

27 “Aquilo que Hobbes diz para justificar sua posição contra o direito comum é muito importante, tanto que pode ser considerado como o direto precursor do positivismo jurídico. Como bom jusnaturalista (como o eram todos os escritores políticos e jurídicos do século XVII), ele estuda a formação do Estado e de suas leis considerando a passagem do estado de natureza para o estado civil. No estado de natureza, segundo Hobbes, existem leis (direito natural); mas, ele se indaga, são tais leis obrigatórias? Sua resposta é digna de ser sublinhada, visto que constitui um raciocínio paradigmático para todos os juspositivistas. Segundo Hobbes, o homem é levado a respeitá-las em consciência (isto é, diante de si mesmo e, se crê em Deus, diante de Deus), mas tem ele uma obrigação diante dos outros? Diante do outro, afirma o filósofo, sou levado a respeitar as leis naturais somente se e nos limites nos quais o outro as respeita nos meus confrontos. Tomemos, por exemplo, a norma ‘*pacta sunt servanda*’, ou aquela, mais fundamental, ‘não matar’: que sentido teria eu manter os pactos estipulados em relação ao outro se o outro não os mantivesse no confronto comigo? Ou que eu não matasse o outro se este desejasse matar-me? Este comportamento seria razoável, isto é, conforme à finalidade para a qual as leis foram estabelecidas? (Notemos como Hobbes coloca o problema em termos de ética utilitarista, referindo-se, assim, ao cálculo do próprio interesse.) O autor responde que tal comportamento não seria razoável, porque externamente sou obrigado a não matar o outro só se ele não me mata; portanto, se sustento que o outro quer matar-me, o que é razoável não é mais o não matá-lo, mas eu matá-lo antes que ele possa me matar (É quase nestes termos que se coloca, ou melhor, se colocava antes da recente constituição de organismos internacionais permanentes, o problema do direito internacional e da sua observância nas relações entre os Estados: o Estado agressor não diz jamais que viola o dever de não agredir; pelo contrário, que se defende prevenindo uma agressão por parte do outro Estado).

Portanto, continua Hobbes, nesse estado de natureza, no qual todos os homens são iguais e no qual cada um tem o direito de usar a força necessária para defender seus próprios interesses, não existe jamais a certeza de que a lei será respeitada por todos, e assim a própria lei perde toda eficácia. O estado de natureza constitui um estado de anarquia permanente, no qual todo homem luta contra

pelo filósofo Augusto Comte, que atribuía o progresso ao desenvolvimento das ciências positivas. Essas ciências permitiriam aos seres humanos “saber para prever, prever para prover”, de modo que o desenvolvimento social se faria por aumento do conhecimento científico e do controle científico da sociedade. É de Comte a ideia de “Ordem e Progresso”, que viria a fazer parte da bandeira do Brasil republicano.

No entanto, no século XX, a mesma afirmação da historicidade dos seres humanos, da razão e da sociedade levou à ideia de que a História é descontínua e não progressiva, cada sociedade tendo sua História própria em vez de ser apenas uma etapa numa História universal das civilizações.

A ideia de progresso passa a ser criticada porque serve como desculpa para legitimar colonialismos e imperialismos (os mais “adiantados” teriam o direito de dominar os mais “atrasados”). Passa a ser criticada também a ideia de progresso das ciências e das técnicas, mostrando-se que, em cada época histórica e para cada sociedade, os conhecimentos e as práticas possuem sentido e valor próprios, e que tal sentido e tal valor desaparecem numa época seguinte ou são diferentes numa outra sociedade, não havendo, portanto, transformação contínua, acumulativa e progressiva. O passado foi o passado, o presente é o presente e o futuro será o futuro”. (CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 2000, p. 59.)



Mas o direito, até então, mesmo sob a ótica codificada, com o selo de Napoleão, preparado na época da revolução, apenas racionalizava o direito entre os homens, desde Savigny.

Pode-se dizer que a Teoria Iluminista (Revolução Francesa) positivou ideais de razão e de Direito Natural por meio das leis, como projeção da vontade popular nos parlamentos. A codificação do direito e a sacralidade da lei limitariam tanto o Poder Judiciário

quanto o poder do rei. A Constituição francesa de 1791 prescrevera a compilação de um código de leis civis comuns a todo o reino, era a lei constitucional fundamental.

A exigência codificadora ligava-se à pluralidade incontrolada de fontes e à sobreposição de direito consuetudinário – que abria, assim, espaços de discricionariedade à casta dos juízes, o que se tentava evitar.

Na convicção filosófica de fonte iluminista, a razão se explicava em critério e definições jurídicas, normas e instituições ligadas por um vínculo de coerência e de organicidade, impondo-se a povos e territórios (Código Napoleônico)²⁸.

Após o Iluminismo, surgiu a Escola da Exegese. Houve uma sistematização da experiência jurídica, habilitando um positivismo jurídico visto sob outro foco.

O positivismo jurídico concebido tal como pensado por Carl Schmitt (1888 - 1985) e Hans Kelsen (1881 - 1973) retratava um sistema fechado e ausente de lacunas, lacunas que para Comte não existiriam, pois deveriam ser objeto de correção no ato interpretativo, conferindo lógica ao contexto normativo.

Para Schmitt e Kelsen, essa situação não ocorreria, pois eventuais contradições ou lacunas seriam aparentes. A ordem jurídica como um todo seria perfeita, e suas significações seriam amplas e genéricas, conferindo ao intérprete uma interação entre os seus significados. No período em que ambos viveram, o Direito Positivo foi marcado pela Segunda Guerra Mundial, ocorrida de 1939 a 1945 e a partir da qual se tentou destruir

os outros, no qual – segundo a fórmula hobbesiana – existe um ‘*bellum omnium contra omnes*’. Para sair desta condição, é preciso criar o Estado, é preciso, portanto, atribuir toda a força a uma só instituição: o soberano. Em tal caso, com efeito, eu posso (e devo) respeitar os pactos, não matar etc., em geral obedecer às leis naturais, porque sei que também o outro as respeitará, visto que há alguém a quem não se pode opor, cuja força é indiscutível e irresistível (o Estado), que o constrangeria a respeitá-las se não o quisesse fazer espontaneamente. Mas esta monopolização do poder coercitivo por parte do Estado comporta uma correspondente monopolização do poder normativo”. (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006, p. 34-35.)

28 Gianluigi Palombella defendia que “O Código Napoleônico representou efetivamente o fruto de um ‘pensamento’ preocupado com a unidade e a universalidade do direito”. Nele a equidade aparece como instrumento do magistrado, em matéria civil, “enquanto a razão natural e os princípios de direito natural, como a doutrina, as máximas jurisprudenciais, aparecem como o necessário apoio a um sistema de normas codificadas que não poderia, de modo algum, bastar-se a si mesmo”. (PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do direito*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005, p. 109-110.)

o Estado Republicano pelo III Reich. Então, vamos vivenciar uma alteração dos conceitos clássicos do Direito Positivo.

Carl Schmitt, de origem alemã, filósofo, político e professor universitário, era um dos teóricos do nazismo, que defendia a legalidade dos atos arbitrários praticados por Hitler, por meio de normas impessoais e dotadas de validade, pois estabelecidas pelo detentor do Poder Soberano, ou seja, os atos normativos eram o instrumental jurídico, à época, capaz de obrigar a todos, pois legalmente editados. Nessa visão, inexistiria a democracia tal como a conhecemos atualmente. Kelsen, austríaco de origem judia, lançava a sua Teoria Pura do Direito, para o qual, no plano teórico, a validade de uma norma tem como fundamento uma norma hipotética fundamental, ou seja, todas as normas devem derivar dessa norma fundamental, vale dizer, são emanações dessa norma fundamental.

François Rigaux, ao discorrer sobre o III Reich, afirma que aqueles poucos anos do regime nazista alemão, dos mais hediondos da história da humanidade, abrem “para a ciência do direito e para uma reflexão sobre a deontologia dos juristas um laboratório de excepcional riqueza”. Todos os recursos da ciência e da técnica (policiais, militares, médicos e até os juristas) emprestaram “sua perícia à instauração e à consolidação do regime”. Talvez menos indispensável que os outros técnicos, os juristas serviram para conservar “no regime certas aparências de legalidade”.²⁹

Há divergências, segundo Rigaux, sobre o acesso de Hitler ao poder. “Sua designação como chanceler em 30 de janeiro de 1933 foi perfeitamente regular”, aprovada tanto pelos votos dos nazistas como dos conservadores.

O incêndio do Reichstag, provocado pelos próprios nazistas, levanta o rumor de um “complô comunista e permite ao novo chanceler fazer que o Reichspräsident, o Marechal Von Hidenburg assine, em 28 de fevereiro de

1933, o decreto que confere amplos poderes ao governo do Reich”, suspendendo “provisoriamente a aplicação de seis artigos da constituição”,³⁰ ato esse considerado legal e já praticado por governos conservadores que o precederam, segundo o artigo 48, alínea 2, da Constituição de Weimar.

Entretanto, acrescenta Rigaux, a diferença dessa época em relação às anteriores se pode notar pelos descabros em duas particularidades. Primeiramente, o poder presidencial podia, a qualquer momento, ser abrigado pelo Reichstag, por maioria simples, porém muitos representantes da oposição, um mês após a posse do Chanceler, já estavam presos ou em fuga. Por outro lado, a própria revisão da Constituição que o nomeou passou a ser desrespeitada.

Em março de 1933, “o Reichstag vota a lei de habilitação que transfere ao governo o poder de fazer leis”,³¹ até novas disposições constitucionais passarem a ser permitidas. As leis passaram a ser editadas por atos de governo, com poucas exceções, como as leis raciais de 1935, adotadas pelo Reichstag.

Foram muitas as violações à Constituição de Weimar, sem que as autoridades habilitadas a isso ousassem interpor recurso à Corte de Justiça do Estado (o *Staatsgerichtshof*), “as mais elementares exigências da legalidade não eram satisfeitas”, apesar do “cuidado de cobrir os atos do novo poder com um véu de legalidade aparente”.³²

Os juristas nazistas desmantelaram o Estado Federal. Uma lei de 7 de abril de 1933, preparada pelos ministros competentes, Karl Popitz e o professor Carl Schmitt, prevê, no primeiro parágrafo, a nomeação de um comissário do Reich para destruir toda democracia representativa além da Prússia, sendo a autoridade competente para essa nomeação o Reichspräsident, ainda Hindenburg nessa época. Vê-se aí a anomalia de conferir ao

29 RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Trad. Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 107.

30 *Ibidem*, p. 108.

31 *Ibidem*, p. 109.

32 *Ibidem*, p. 109.

Chefe de Estado uma atribuição por “lei” (ou ato) do próprio Estado.

Carl Schmitt, conselheiro desde os últimos governos conservadores e jurista do nazismo até 1937, afirma que Hitler assumiu o poder dentro da legalidade. Isso seria verdade se fosse considerado apenas o decreto de 30 de janeiro de 1933 pelo Reichspräsident, e não o que se seguiu.

Sobre a legalidade ou não do acesso de Hitler ao poder, há opiniões divididas. “A posição oficial do governo sempre foi de sustentar a regularidade do processo, mas recorrendo a uma terminologia ambígua, a de ‘revolução legal’”.³³

Admitem os juristas que houve uma nova ordem constitucional após uma revolução. Criou-se um novo regime, o revolucionário, sem a necessidade de se vincular à ordem jurídica anterior. Porém, esse processo deveria ser legitimado por ratificação popular (o que não ocorreu), só aí, sim, teria sido indiscutível essa suposta nova ordem constitucional.

Rigaux também discorre sobre a manutenção do Estado nazista confrontado com o positivismo jurídico, segundo a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen. Para ele “o III Reich era uma ordem jurídica, pois, segundo Kelsen, a ciência do direito não poderia emitir juízo de valor sobre a legitimidade de um sistema de direito efetivamente coercivo”.³⁴

Entretanto, há várias maneiras de verificar a conformidade da ordem jurídica com o princípio da legalidade, uma delas é quanto ao atendimento das regras do sistema positivado, para que em uma análise jurídica se tenha, segundo a teoria de Kelsen uma resposta afirmativa.³⁵ Ora, as decisões judiciais se alinham ao novo legalismo, sem nenhum questionamento sobre irregularidades na produção da norma.

33 *Ibidem*, p. 111.

34 *Ibidem*, p. 122.

35 *Ibidem*, p. 122.

“Várias questões essenciais permanecem sujeitas a controvérsia. A primeira tem por objeto a incidência da doutrina do positivismo da lei sobre a aplicação incondicional, e em geral até zelosa, do direito nacional-socialista pelos tribunais”. “As mais influentes teorias alemãs do direito estavam sob influência positivista”, afirmam alguns, “por mais odioso que fosse seu conteúdo”.³⁶ Em contrapartida, há os que indicam total contradição, com os métodos positivistas, as interpretações dadas à lei, notadamente às leis raciais.

Um controle mesmo sumário da constitucionalidade e da legalidade das fontes de direito na época do III Reich poderia ter levado a soluções diferentes das que foram escolhidas e mais em harmonia com o rigor geralmente atribuído ao positivismo.³⁷

Em contraponto, Hans Kelsen, segundo a sua Teoria Pura do Direito, a ideia de sistema fechado, marcado pela ausência de lacunas, ganhou caráter de *ficção* jurídica, com o advento da chamada “jurisprudência dos interesses”, isto é, o sistema jurídico, considerado como totalidade sem lacunas apenas *per definitionem*. Pois sua teoria, frente ao III Reich, não concebia um sistema fechado com as arbitrariedades cometidas. A partir de então o positivismo apresentou uma nova característica, chamada de “procedimento construtivo e dogma da subsunção”.³⁸

Para Tercio Sampaio Ferraz, “Pelo procedimento construtivo, as regras jurídicas são referidas a um princípio ou a um pequeno número de princípios daí deduzido”.³⁹

Por sua vez, pelo dogma da subsunção, segundo o modelo da lógica clássica, “o raciocínio jurídico se caracterizaria pelo es-

36 *Ibidem*, p. 122.

37 *Ibidem*, p. 123.

38 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed., 17. reimp. São Paulo: Atlas, 2010, capítulo II, itens 5 e 6, p. 34.

39 *Ibidem*, p. 34.

tabelecimento de uma premissa maior, que conteria a diretiva legal genérica, e de uma premissa menor, que expressaria o caso concreto, sendo a conclusão a manifestação do juízo concreto”.⁴⁰

Para Tércio essas duas características marcam significativamente a Ciência do Direito do século XIX.

3. Estado Democrático de Direito, princípio informador e o exercício da jurisdição

3.1 O que é lei e seus destinatários

A lei, em geral, como sinônimo de direito, na visão de Montesquieu, é

[...] a razão humana, tanto que ela governe todos os povos da Terra, e as leis políticas e civis de cada Nação não devem constituir senão casos particulares em que se aplica essa razão humana.

Elas, as leis, devem ser de tal forma apropriadas para o povo, para o qual são feitas, que será grande coincidência se as leis de uma Nação servirem para outra.

Cumpra correspondam elas à natureza e ao princípio do Governo constituído, ou que se quer constituir, seja por formarem-no, como acontece com as leis políticas, seja por manterem-no, como fazem as leis civis.

Elas devem ter relação com o elemento físico do País; com o clima gelado, ardente ou temperado; com a qualidade do terreno, a sua situação, sua extensão; com o gênero de vida dos povos – agricultores, caçadores, ou pastores.

Elas não de relacionar-se com o grau de liberdade tolerado pela constituição; com a Religião dos habitantes, com suas inclinações, sua riqueza, seu número, seu comércio, seus usos, suas maneiras. Enfim, elas guardam relação entre si, e com a sua origem, com o objetivo do legislador, com a ordem das coisas para as quais são estabelecidas.

É sob esses aspectos que precisa considerá-las.⁴¹

Essa razão humana, observadas as peculiaridades de cada povo, estabelecendo o comportamento exigido, ou seja, a obrigação de fazer ou deixar de fazer alguma coisa, deveria, a princípio, vir prescrita em lei. Para nós, trata-se de princípio constitucional pelo qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”,^{42,43} e se destina, de acordo com o preâmbulo da Carta Maior,

[...] a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.⁴⁴

41 MONTESQUIEU. *O espírito das leis, as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 83-84.

42 Artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988.

43 Esse princípio da legalidade se espalha por todo o Texto Constitucional definindo a criação de direitos e deveres, sob vários aspectos e campos do direito material, como o do direito tributário, o do direito penal, sob o Administrativo, conferindo dever à Administração de cumprir as leis e nos seus estritos termos. Princípio que tem como fim último legitimar as relações existentes.

44 O preâmbulo de nossa Constituição foi objeto de muita polêmica e faz sentir o contexto histórico em que editado, não é lei, mas parte de uma premissa principiológica informadora de todo o texto constitucional. Jorge Miranda sobre o tema assim se manifesta: “Um preâmbulo ou proclamação mais ou menos solene, mais ou menos significativa anteposta ao articulado não é componente necessário de qualquer Constituição; é tão somente um elemento natural de Constituições feitas em momentos de ruptura histórica ou de grande transformação político-social. O seu caráter depende dessas circunstâncias e dessas intenções, bem como da ideologia a que apela o legislador constituinte. E também a sua forma e extensão aparecem extremamente variáveis; desde as sínteses lapidárias de estilo literário aos longos arazoados à laia de relatórios preliminares ou exposição motivos; desde a invocação do nome de Deus ou do título de legitimidade do poder constituinte ao conspecto histórico; desde a alusão a um núcleo de princípios filosóficos-políticos à prescrição de determinados objetivos programáticos”. (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998,

40 *Ibidem*, p. 34.

Conforme defendido e definido por Celso Ribeiro Bastos:

Este princípio de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei surge como uma das vigas mestras do nosso ordenamento jurídico. A sua significação é dúplice. De um lado representa o marco avançado do Estado de Direito, que procura jugular os comportamentos, quer individuais, quer dos órgãos estatais, às normas jurídicas das quais as leis são a suprema expressão. De outro, o princípio da legalidade garante ao particular contra os possíveis desmandos do Executivo e do próprio Judiciário. Instaure-se, em consequência, uma mecânica entre o poder do Estado, da qual resulta ser lícito apenas a um deles, qual seja o legislativo, obrigar os particulares.

Os demais poderes exercem as suas competências dentro dos parâmetros fixados pela lei. A obediência suprema dos particulares, pois, é para com o Legislativo. Os outros, o Executivo e o Judiciário, só compelem na medida em que atuam a vontade da lei. Não podem, contudo, impor ao indivíduo deveres ou obrigações *ex nunc*, é dizer, calçados na sua exclusiva autoridade.⁴⁵

Celso Ribeiro Bastos diferencia ainda, naquele trabalho, a legitimidade da legalidade, de forma simples, conferindo à legitimidade um conceito político-jurídico ou ideológico, enquanto, para a legalidade, um conceito técnico-jurídico, e sobre este conceito técnico-jurídico é que vamos nos ater, pois é nela, a “lei”,⁴⁶ em sentido formal estrito,

tomo III, p. 261.)

45 BASTOS, Celso Ribeiro. *Dicionário de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 93-94.

46 Maria Helena Diniz, ao traçar algumas acepções do vocábulo *lei*, promove uma divisão didática do instituto, partindo de uma visão ampla à estrita, nos seguintes termos: “a) *Amplíssima*, em que o termo *lei* é empregado como sinônimo de norma jurídica, incluindo quaisquer normas escritas ou costumeiras. Hipótese em que, segundo Vicente Rao, a palavra *lei* possui o sentido compreensivo de toda a norma geral de conduta que define e disciplina as relações de fato incidentes no direito e cuja observância é imposta

como ordem emanada do Poder competente, determinando condutas gerais e abstratas e imposta a todos, é que vamos enfocar o papel do Magistrado por ocasião de sua análise.

A lei, como regra de conduta, rege as relações jurídicas e deve estar inserida num contexto. Se ela obriga, devemos buscar o seu alcance e destinatários. A quem obriga?^{47,48}.

pelo poder do Estado, como são as normas legislativas, as consuetudinárias e as demais, ditadas por outras fontes do direito, quando admitidas pelo legislador. b) *Ampla*, sendo o vocábulo *lei* entendido como oriundo do verbo *legere* (ler), concebendo-se, portanto, que a lei é, etimologicamente, aquilo que se lê. Tal etimologia se explica porque, na época da República romana, enquanto o costume não era escrito (*jus non scriptum*), conservando-se na memória dos homens, a lei estava escrita (*jus scriptum*), gravada em taboas de mármore, de bronze, etc., que se fixavam em locais públicos. Por exemplo, no *tabularium* do Capitólio, em Roma, para que o povo a lesse e, conhecendo-a, a cumprisse. Em sentido amplo, designa todas as normas jurídicas escritas, sejam as leis propriamente ditas, decorrentes do Poder Legislativo, sejam os decretos, os regulamentos, ou outras normas baixadas pelo Poder Executivo. Assim sendo, a legislação, nas palavras de François Génys, compreende todos os atos de autoridade cuja submissão consiste em ditas normas gerais, sob forma de injunções obrigatórias, como são as leis propriamente ditas, os decretos, os regulamentos etc. c) *Estrita ou técnica*, em que a palavra *lei* indica tão-somente a norma jurídica elaborada pelo Poder Legislativo, por meio de processo adequado”. (DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 3. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 43-44.)

47 Maria Garcia abordando a questão, quanto à legitimidade da regra, sob os aspectos da liberdade do cidadão, como uma das causas de uma possível desobediência civil, questiona sob o traço da Deontologia jurídica: “Quais as razões pelas quais nós, que nos temos em conta de seres livres, somos obrigados a nos subordinar a leis que não foram postas por nossa inteligência e por nossa vontade? É lícito contrariar leis injustas? Qual problema que se põe para o juiz ou para o estadista, quando uma lei positiva se revela, de maneira impressionante, contrária aos ditames do justo? Qual o fundamento do Direito na sua universalidade? Repousa ele apenas no fundamento empírico da força? Reduz-se o Direito ao valor utilitário do êxito? Brotará a estrutura jurídica, inexoravelmente, dos processos técnicos de produção, ou representa algo capaz de se contrapor, muitas vezes, às exigências cegas da técnica”, para concluir de forma simples e perfeita que: “a razão da obediência e da obrigatoriedade das normas de Direito envolve a legitimidade das leis – antes, até, envolve a *ideia* de lei – a que e por que sinto-me obrigado pela lei”. (GARCIA, Maria. *Desobediência civil*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 88-89.)

48 Ainda em relação ao dever de obediência e aceitação de preceitos legais, não podemos olvidar que ela só é aceita quando se conformar com princípios éticos e morais daquele meio social. Para Hans Kelsen, “Uma resposta fre-

Pois poderá obrigar a uns e não a outros, como no caso das relações internacionais.

A força obrigatória da lei tem fundamento ético e político. Nasce da presunção de que o legislativo, como representante do povo, elabora as normas mais adequadas (justas) em benefício da integralidade desse povo. A lei, na república, não obriga porque provém da autoridade, mas porque a autoridade provém da lei.⁴⁹

Maria Helena Diniz define lei como:

2. Norma jurídica, escrita ou costumeira. Em sentido amplíssimo, a lei é toda norma geral de conduta, que disciplina as relações de fato incidentes no direito e cuja observância é imposta pelo poder estatal, como, por exemplo, a norma legislativa, a consuetudinária e as demais, ditadas por outras fontes do direito, quando admitidas pelo legislador. 3. Em sentido amplo, abrange a norma jurídica escrita, seja a lei propriamente dita, decorrente do Poder Legislativo, seja o decreto, o regulamento ou outra norma baixada pelo Poder Executivo. Compreende todo ato de autoridade competente para editar norma geral, sob forma de injunção obrigatória, como: a lei constitucional, a lei complementar, a lei ordinária, a lei delegada, a medida provisória, o decreto legislativo, a resolução do Senado, o decreto regulamentar, a instrução ministerial, a circular, a portaria e a

ordem de serviço. 4. Em sentido estrito ou técnico, é apenas a norma jurídica elaborada pelo Poder Legislativo, por meio de processo adequado.⁵⁰

Assim, desde que o ato provenha do poder competente e esteja de acordo com o processo e procedimento previstos pela Constituição, ou autorizado por ela, como ato complexo que é, sendo informado pelos aspectos da abstração e generalidade, será lei.

3.2 Princípio da legalidade

A força vinculante dos princípios contidos na Constituição é incontestável. Dentre eles, o da legalidade merece destaque, por decorrer da noção de um sistema perfeitamente organizado, ou seja, funda-se por meio de leis.

Os princípios, dentro de um sistema constitucional, objetivam o todo e vinculam de maneira lógica não só o entendimento, como a aplicação das normas que se entrelaçam e se conectam num conjunto jurídico harmônico.

Os princípios, positivados ou não, encarregam-se de dar estrutura e coesão ao ordenamento, dos quais os constitucionais se destacam como os mais importantes. Sendo o princípio fundamento do conjunto de regras da Nação, posiciona-se como informador de todo o ordenamento, permitindo ao juiz, quando diante da interpretação de alguma norma, ante o conflito posto, o balanceamento de valores e interesses para dirimir a questão.

Nesse aspecto, os princípios, como fontes do Direito, são guias seguros das atividades interpretativas.

Dada a origem popular do poder, proclamada no parágrafo único artigo 1º da Constituição: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”,

qüentemente aceita é que os homens devem obedecer ao Direito positivo porque e na medida em que ele se conforma aos princípios da moral. Os princípios morais que se referem às atividades humanas criadoras de Direito constituem o ideal de justiça; segundo este ponto de vista, então, o motivo para a validade do Direito é a sua justiça. A questão de como esses princípios morais devem ser determinados, a resposta típica é que eles são, por assim dizer, imanentes à natureza; explorando a natureza podemos encontrar esses princípios, que formam o Direito natural; eles são superiores ao Direito positivo, feito pelo homem”. (KELSEN, Hans. *O que é Justiça?* Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 252.)

49 CUNHA, Sérgio Sérulo da. *O efeito vinculante e os poderes do juiz*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 15.

50 DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 82-83.



o sistema, a partir dele, vai se formando com o direito ao sufrágio, com a liberdade de filiação e partidarização política, dentre outros, implementando uma democracia representativa, por tempo determinado, pela transferência do poder do povo aos representantes que elege, os quais se incumbirão de, em nome do povo, concretizar as leis que o regerão.

Dentro do sistema implementado pela Constituição Federal de 1988, dita em voz corrente como “Constituição Cidadã”, legitimada por um procedimento democrático de eleição popular para a convocação de uma Assembleia Constituinte, através do qual o povo, verdadeiro titular do poder, delegou esse exercício, pode-se afirmar que o princípio da legalidade resulta na outorga popular, aos seus representantes, de efetivação de um Estado de Direito.

Nessa ordem de ideias, deve-se apontar o artigo 5º da Constituição Federal como a razão de ser da estrutura do Estado, amparando os princípios e direitos fundamentais.

Diante dele é que se vislumbra a separação de Poderes, fulcro de um Estado de Direito, pois é o informador dos demais institutos e princípios, focalizando o cidadão como o destinatário das leis, tendo a Constituição o papel de nortear os Poderes da República, o modo pelo qual prescreverá como adquirir e exercitar esses direitos.

O princípio da legalidade, tal como preceitua o inciso II do artigo 5º da Constituição, pelo qual, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei”, tra-

duz-se, na visão de André Ramos Tavares, como

[...] a presença de um Estado de Direito, pois, retirando o arbítrio do Estado, exige-se que sua conduta esteja amoldada à lei, como expressão da vontade geral. Ainda mais que “O princípio da legalidade” funda-se no princípio da legitimidade, segundo o qual as leis hão de guardar correspondência com os anseios populares, consubstanciados no espírito constitucional.

Pelo princípio da legitimidade exige-se que a lei seja formal apenas no sentido de que emane, em sua formação, dos órgãos representativos. Ademais, tomou-se consciência de que não se pode ignorar seu conteúdo, que também há de corresponder aos valores consubstanciados no ordenamento jurídico. Abandona-se, pois, como se vê, a noção puramente formal de lei, para ir mais longe e exigir que a lei corresponda, em seus mandamentos, à ideia de justiça encampada pela ordem constitucional, com o respeito à dignidade da pessoa humana, da liberdade etc.

Ao inserir-se, dessa maneira, o princípio da legalidade no contexto da legitimidade do poder, estabelece-se um elo direto entre esse princípio da legalidade e o Estado Democrático de Direito, no sentido de que o não contemplar o princípio da legalidade implica a inexistência de um real Estado Democrático.⁵¹

Nesse aspecto, a lei deve impor não só obrigações, mas conferir direitos a todos.⁵²

51 TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 443-444.

52 Roque Antonio Carrazza, sempre com muita propriedade, ao discorrer sobre a legalidade na tributação manifesta-se sobre o princípio da legalidade dentro de um Estado de Direito, cuja primordial função é a de limitar os poderes públicos. (CARRAZZA, Roque Antônio. O princípio da legalidade. *Generalidades*. In: *Curso de direito constitucional tributário*, 29. ed. rev., ampl. e atual. a até a Emenda Constitucional n. 72/2013. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 270-273.)

Esse princípio não se confunde com o princípio da reserva legal, ao contrário, encampa-o, considerando que a legalidade de que se cuida é a de natureza ampla e deve comportar qualquer ato normativo do Poder Público, enquanto o princípio da reserva legal é a subordinação da Constituição, seus dispositivos, à determinada regulamentação formal, via de regra por meio de lei ordinária.⁵³ Nos dizeres de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, “O princípio em pauta tem por objetivo indicar que algumas matérias, por estarem reservadas ao trato da lei em sentido formal, não podem ser disciplinadas por medida provisória ou lei delegada, exigindo, assim, a prévia aprovação pelo Poder legislativo”.⁵⁴

A legalidade é também princípio explícito da Administração Pública,⁵⁵ sob pena de

não se legitimar a atuação administrativa.⁵⁶ Embora o magistrado pertença à Administração Pública *latu sensu*, não se encontra sujeito a esse princípio, tal como posto para a Administração Pública, quando decide um caso concreto.

3.3 Espécies normativas previstas no texto constitucional

A Constituição Federal, quando fala em “lei” em seus vários artigos, expressa-se de forma pouco técnica, pois muitas vezes diz “lei especial” disporá sobre isso, “lei orgânica” fará aquilo, “lei federal” ou “lei estadual” disciplinará a matéria ou, ainda, compete a “lei complementar”, “lei complementar federal” ou “lei complementar estadual” dispor sobre...

Em verdade, a Constituição Federal perfilha as espécies normativas que adotou, conforme já citado, em seu artigo 59, a saber: a emenda constitucional, a lei complementar, a lei ordinária, a lei delegada, a medida provisória, o decreto legislativo e a resolução, cada qual com um procedimento específico para sua integração em nosso ordenamento.

3.4 As lacunas da lei

A existência de omissão em qualquer ordenamento é fato incontroverso, já que as leis precedem a existência de um caso a ser apreciado. Por isso o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro prevê que, “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Conforme avalia Luiz Antonio Rizzatto Nunes:

Na realidade, por mais que as normas jurídicas – e os legisladores – queiram,

53 Conforme anotado por Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, o princípio da reserva legal encontra-se mitigado, em virtude da interpretação do Supremo Tribunal Federal quanto à adoção de Medidas Provisórias para disciplinar questões que, a princípio, estariam sujeitas a lei ordinária. Lecionam que “Apesar de sólido entendimento doutrinário em sentido contrário, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, entendeu que as relações tributárias não reclamam o mesmo nível de segurança jurídica que o direito penal. Desse modo, manifestou-se no sentido de que a medida provisória poderia criar tributo, desde que respeitadas as outras garantias tributárias, já que, por mandamento constitucional, teria força de lei e, ademais, constituiria um mecanismo substitutivo do decreto-lei, o qual, dentre outras finalidades, tratava de matéria tributária”. (ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES, Vidal Serrano Jr. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 126.)

54 *Ibidem*, p. 124.

55 “A legalidade, como princípio da administração (CF, 37, *caput*), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. [...]”

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa ‘pode fazer assim’; para o administrador público significa ‘deve fazer assim.’” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Apud* BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 167.)

56 “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

elas não conseguem acompanhar a dinâmica de transformação da realidade social. E, até ao contrário, a norma tem entre suas funções a de ser estabilizadora da sociedade, o que contrasta com movimentos contínuos de mudança.

No mundo contemporâneo, o alto grau de complexidade oferece ao indivíduo muitas possibilidades de ação (aliás, mais do que as que ele pode realizar). Com isso, as normas não conseguem dar conta de todo o volume de situações que emergem diuturnamente no meio social.

Dessa forma, haverá casos que não foram previstos pelas normas jurídicas, e nessa hipótese podemos falar que estamos diante de “vazios” ou “lacunas” nas normas jurídicas.

Todavia, frise-se, as lacunas não estão no sistema jurídico, mas nas normas jurídicas.⁵⁷ Isto porque, através dos meios de integração, o intérprete colmata as lacunas, preenche os vazios.⁵⁸

Conforme já destacado, a Constituição também é uma lei, e, como tal, deve ser interpretada.

⁵⁷ Conforme registro da questão feita por Maria Helena Diniz, sob outro ponto de vista: “Hans Kelsen afasta a ideia de existência de ‘lacunas’ no sistema, pois todo e qualquer comportamento pode ser considerado como regulado – num sentido positivo ou negativo – pela ordem jurídica. Justamente por entender que, ‘quando a ordem jurídica não estatui qualquer dever a um indivíduo de realizar determinada conduta, permite esta conduta’, regulando-a negativamente, rejeita Kelsen a formulação, feita por alguns autores, de que, ante a impossibilidade das normas regulamentarem todas as ações humanas possíveis, haverá sempre casos em que a aplicação do direito estará excluída, por não haver norma que os prescreva, devendo os juízes criá-las como se fossem legisladores. Daí o caráter da completude ou da plenitude do sistema normativo, na concepção de Kelsen, pois as normas que compõem contêm, em si, a possibilidade de solucionar todos os conflitos levados à apreciação dos magistrados ou órgãos competentes”. (DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 3. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 100.)

⁵⁸ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 254.

3.5 Limites de interpretação

Tomando por empréstimo as palavras de Eros Roberto Grau, e sob um aspecto amplo:

[...] a interpretação – compreensão, a decisão judicial, segundo Frosini (1991:11), considera e é determinada pelas palavras da lei e pelos antecedentes judiciais; pela figura delitiva que se imputa; pelas interpretações elaboradas pelas duas ou mais partes em conflito; pelas regras processuais; pelas expectativas de justiça nutrida pela consciência da sociedade; finalmente, pelas convicções do próprio juiz, que pode estar influenciado, de forma decisiva, por preceitos de ética religiosa ou social, por esquemas doutrinários em voga ou por instâncias de ordem política. De mais a mais, o juiz, em verdade, considera o direito todo, e não apenas um determinado texto normativo.

A decisão judicial implica necessariamente elementos emotivos e volitivos, dado que o juiz decide sempre dentro de uma situação histórica determinada, participando da consciência social de seu tempo.⁵⁹

Assim, embora a solução a determinado problema, levando necessariamente à análise de um texto legal, tenha uma carga pessoal de seu prolator, escolhendo a decisão que lhe parece a mais correta frente à norma que se apresenta, deverá o julgador abstrair-se e tentar não absorver as paixões que se lhe mostram na causa, em razão do caráter constitutivo dessa declaração, que produzirá efeitos concretos no plano da realidade.⁶⁰

⁵⁹ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 107-108.

⁶⁰ Nos dizeres de Luís Roberto Barroso: “O juiz é o agente da função jurisdicional do Estado. Cabe-lhe, mediante provocação da parte interessada, pronunciar o direito ao caso concreto. A vontade do Estado-juiz tem caráter de definitividade e, após os recursos cabíveis, reveste-se da autoridade de coisa julgada. Princípios destacados na ordem constitucional brasileira são os da independência e impar-

Delimitando o tema, deve-se salientar que a norma a ser interpretada será feita em face da Constituição. Portanto, a linha de interpretação a ser seguida deverá estar conforme seus ditames e princípios.

A princípio todas as normas nascem presumidamente constitucionais, e só pela interpretação de seus termos é que se concluirá ou não pela sua constitucionalidade.

Para a interpretação de qualquer texto, deve-se buscar a hermenêutica jurídica. Para Peter Häberle,

[...] a interpretação é uma arte. Um processo contínuo, historicamente situado e datado, objetivo e racional pelo qual se dá a criação, renovação, efetivação, segurança e estabilidade do Direito em uma situação concreta específica.

Trata-se de uma arte, pois, a hermenêutica tem por função criar o direito e mantê-lo vivo, latente no seio da sociedade. O intérprete é o renovador inteligente e cauto, o filósofo do Direito. O seu trabalho rejuvenesce e fecunda a fórmula prematuramente decrépita e atua como elemento integrador e complementar da própria lei escrita.⁶¹

Dessa forma, ao prestar a tutela jurisdicional, tal como uma *arte* na hermenêutica mencionada por Häberle, deverá o magistrado, havendo dúvida sobre a constitucionalidade do texto a ser aplicado e em razão da supremacia da Constituição, buscar a exegese que se identifique com os seus termos. Caso seu resultado se mostre incompatível com o Texto Maior, deve declarar a inconstitucionalidade da lei que se pretende ou a não

aplicação. Atuará o magistrado, nesse mister, como legislador negativo em função dessa declaração.

Há autores⁶² que sustentam a impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade de lei, em face da Constituição, pelo juiz singular, argumentando que o juiz apenas deixa de aplicá-la ao caso concreto, por força do contido no artigo 97 da Magna Carta,⁶³ em razão de recair o conteúdo de sua decisão sobre a relação jurídica analisada.

Trata-se de interpretação restritiva que não encontra suporte em uma prestação jurisdicional ampla.

Ao interpretar o direito, pode e deve o magistrado recusar aplicação ao ordenamento que repute inconstitucional. Agindo assim, deverá declarar os motivos pelos quais não confere legitimidade à lei pleiteada pelos integrantes do processo,⁶⁴ cujas razões de deci-

62 Dentre os quais: STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Uma nova crítica do Direito. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

63 “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

64 “Parte é quem figura no processo como autor, réu ou interveniente (assistente, oponente, nomeado à autoria, denunciado à lide, chamado ao processo). O conceito de parte, diz com precisão Clóvis do Couto e Silva, é meramente formal (Comentários ao Código de Processo Civil, p. 489). Sob esse prisma, é indiferente saber se a parte no processo é parte na relação material de direito que se discute; porque, se não o for (ou não tiver nela interesse), será parte ilegítima no processo, mas parte.

Não tendo sido parte no processo, o terceiro ‘não pode ser prejudicado pela sentença’: são ineficazes a seu respeito a condenação, o mandamento, a constitutividade da sentença; se ato executivo é praticado contra terceiro, ele tem direito a embargos (CPC, art. 1046). É impossível proferir decisão judicial cuja execução alcance quem não foi litigante, quem não teve oportunidade de defender-se, provar, expor suas razões, discutir o direito dos fatos. A força obrigatória (efeito vinculante) das decisões judiciais restringe-se aos que foram partes no respectivo processo, mesmo porque “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. (CUNHA, Sérgio Sérulo da. *O efeito vinculante e os poderes do juiz*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 28-29.)

No mesmo sentido, e até mesmo com maior rigor, o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) estabelece no Livro I, ao cuidar das Normas Fundamentais e da Aplicação das Normas Processuais, que a jurisdição deve

cialidade dos juízes (CF, arts. 95 e 96). (É bem de ver que o juiz, de regra, desagradará a um dos lados. Estará sempre condenado a conviver com 50% de rejeição. No mínimo, porque às vezes desagradará a todos.) O juiz há de ser o árbitro desapaixonado dos conflitos de interesses”. (BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 618.)

61 AMARAL, Rafael Caiado. *Peter Häberle e a hermenêutica constitucional*: alcance doutrinário. Porto Alegre: Antonio Sérgio Fabris, 2004, p. 72.

dir não integrarão a coisa julgada, se não fizerem parte do *decisum*.

Para a interpretação de uma determinada lei, deverá o juiz valer-se dos métodos gramatical, histórico, teleológico, filológico, este fundamental para a identificação dos anseios ditados pelo momento em que proclamada a Carta Magna, sistêmico, ou seja, harmonizando o todo, a unidade da Constituição, enfim, a interpretação há de ser consentânea com o mundo circundante e de acordo com a realidade do momento.

Nesse pensamento, embora a doutrina teime em querer diferenciar a hermenêutica da interpretação jurídica, ambas confundem-se na prática, e poder-se-ia arriscar dizer que a interpretação está contida na hermenêutica, já que ambas buscam o alcance das normas jurídicas em contextos distintos, sendo a última mais abrangente.

Interpretar é, portanto, aplicar a hermenêutica. Esta descobre e fixa os princípios que regem aquela. Na linguagem de Carlos Maximiliano,⁶⁵ hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar.

Interpretar não significa só explicar, esclarecer, mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão, mas, sim, revelar o sentido apropriado da norma para a vida real, que levará a uma decisão correta.

Visando à total compatibilidade e aplicabilidade das normas constitucionais e à solução de eventuais conflitos existentes entre elas, faz-se necessário interpretá-las, socorrendo-se o intérprete das regras de hermenêutica, apontadas pela doutrina.

Canotilho enumera diversos princípios e regras interpretativas das normas constitucionais: 1) *Da unidade da constituição* – a

atender a preceitos de ordem constitucional, em especial a paridade de tratamento entre as partes, aplicando-se o direito processual num contexto principiológico que resguarde e promova a dignidade da pessoa humana (artigos 7º e 8º).

65 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 1.

interpretação constitucional deve ser realizada de maneira a evitar contradições entre suas normas. A constituição forma um todo hierarquicamente equivalente e integralmente válido; 2) *Do efeito integrador* – deve ser dada maior primazia aos critérios favorecedores da integração política e social; 3) *Da máxima efetividade ou da eficiência* – a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe conceda; 4) *Da justeza ou da conformidade funcional* – os órgãos encarregados da interpretação da norma constitucional não poderão chegar a uma posição que subverta ou altere o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido pelo legislador constituinte originário; 5) *Da concordância prática ou da harmonização* – exige-se a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito da forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros; 6) *Da força normativa da constituição* – entre as interpretações possíveis, deve ser adotada aquela que garanta maior eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais.⁶⁶

Tais princípios seriam completados pelos assinalados por Jorge Miranda: a) de interpretação da Constituição como um todo; b) os segmentos por ela previstos não podem ser interpretados de forma estanque; c) pelo método dedutivo (a partir dos princípios) e pelo método indutivo (a partir de seus preceitos); d) valorização e ponderação dos seus preceitos, em critérios de razoabilidade; e) priorizar ou reduzir determinados princípios frente a outros, coordenando-os ou subordinando-os; f) os conceitos indeterminados devem ser interpretados à luz dos princípios; g) sistematização dos conceitos insertos no texto constitucional, vindos de outros ramos do direito, ou mesmo sendo extra-jurídicos; h) a interpretação da norma constitucional há de ser jurídica, conferindo-lhe o intérprete máxima efetividade e utilidade dentro do or-

66 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1209-1212.

denamento; i) o “caráter aberto” das normas programáticas não devem interferir na sua interpretação, com a efetividade e utilidade antes mencionadas; j) os preceitos implícitos devem ser interpretados e conjugados com os explícitos; l) suas normas devem ser tomadas como atuais e não futuras; m) a lei deve ser interpretada de acordo com a Constituição e não o contrário.⁶⁷

3.6 O poder discricionário do juiz

Estará o juiz vinculado à lei?

Essa questão é de difícil resposta.

Valendo-nos dos ensinamentos de Mauro Cappelletti, notamos que

[...] o papel do juiz é muito mais difícil e complexo, e de que o juiz, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais. Escolha significa discricionariedade, embora não necessariamente arbitrariedade; significa valoração e “balanceamento”; significa ter presentes os resultados práticos e as implicações morais da própria escolha; significa que devem ser empregados não apenas os argumentos da lógica abstrata, ou talvez os decorrentes da análise lingüística puramente formal, mas também e sobretudo aqueles da história e da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia. E assim o juiz não pode mais se ocultar, tão facilmente, detrás da frágil defesa da concepção do direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma “neutra”[...].⁶⁸

O mesmo autor, em breve relato sobre as origens do instituto da Cassação e do Tribunal de Cassação, instituído na França em 1º de dezembro de 1.790, faz referência à pos-

tura do juiz daquela época, diante das ideologias teorizadas por Rousseau e Montesquieu quanto à prevalência da lei ditada pelo momento, afirmando que, diante da lei e da rígida separação dos Poderes, competia ao juiz “o único dever de aplicar aos casos concretos o texto da lei, um dever concebido como puramente mecânico e em nada criativo”.⁶⁹ Proceder que não se comporta mais na conjuntura atual.

A questão torna-se ainda de mais difícil resposta quando enfrentamos, dentre alguns, os aspectos políticos como razão de decidir.

Ronald Dworkin, enfocando o tema sob esse aspecto, apresenta a sua visão restritiva, afirmando que os juízes devem basear seus julgamentos em argumentos de princípios políticos, e não em argumentos de procedimento político.⁷⁰

69 CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 40.

70 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 3-4. O autor traça um paralelo entre as decisões proferidas pelos juízes ingleses e os norte-americanos, enfatizando seus fundamentos políticos em razão dos fundamentos técnicos a que estão obrigados. Diz ele: “Os juízes nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha tomam decisões políticas? Naturalmente, as decisões que os juízes tomam devem ser políticas em algum sentido. Em muitos casos, a decisão de um juiz será aprovada por um grupo político e reprovada por outros porque esses casos têm conseqüências para controvérsias políticas. Nos Estados Unidos, por exemplo, o Supremo Tribunal tem de decidir questões políticas, como a de determinar se criminosos acusados têm direitos processuais que dificultam mais a aplicação da lei. Na Grã-Bretanha, os tribunais têm de decidir casos que exigem a interpretação do direito do trabalho, como aqueles que dizem respeito à legalidade dos piquetes, quando os sindicatos favorecem uma interpretação e as indústrias britânicas, outra. Quero indagar, porém, se os juízes devem decidir casos valendo-se de fundamentos políticos, de modo que a decisão seja não apenas a decisão que certos grupos políticos desejariam, mas também que seja tomada sobre o fundamento de que certos princípios de moralidade política são corretos. Um juiz que decide baseando-se em fundamentos políticos não está decidindo com base em fundamentos de política partidária. Não decide a favor da interpretação buscada pelos sindicatos porque é (ou foi) do direito do trabalho um membro do Partido Trabalhista, por exemplo. Mas os princípios políticos em que acredita, como a crença de que a igualdade é um objetivo político importante, por exemplo, podem ser mais característicos

67 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, tomo III, p. 289-292.

68 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 33.

Contrapondo-se a essa ideia, Dalmo de Abreu Dallari afirma que as decisões judiciais, como parte do exercício da soberania do Estado, são “expressão do poder político”.⁷¹

Não obstante o poder dos juízes tido como a expressão do poder político, e sob este aspecto sua decisão dar-se-ia sob argumentos políticos, a sua discricionariedade será dedu-

zida de normas já editadas, portanto, gerais e abstratas, e, relativamente a um caso concreto, já acontecido, é que a sua manifestação deverá se adequar.

Voltando à vinculação do juiz à lei, cujos limites da realização do direito posto e sua declaração se encontrariam, teoricamente, condicionados à lei, reportamo-nos às considerações feita sobre o tema por W. Hassemer:

de um partido político que de outros”.

71 Referido autor, consagrando a tripartição dos Poderes, na qual tem o Poder Judiciário papel de destaque, retrocedendo aos aspectos históricos do ofício de dizer o direito, sintetiza essa atuação comparativamente da seguinte forma: “No momento em que foram superados o feudalismo e o absolutismo, os juízes deixaram de ser agentes do rei ou de aristocratas poderosos para se tornarem agentes do povo. Isso ficou definitivamente claro com o aparecimento das Constituições escritas, no século dezoito. Foi transferida para o Estado a soberania, que antes era um atributo pessoal do rei, e se consagrou a tripartição do poder do Estado, entregando-se à magistratura uma parcela desse poder soberano, essencialmente político. Esse é um ponto importante, que não tem sido suficientemente considerado e que pode explicar, inclusive certas divergências teóricas: as decisões judiciais fazem parte do exercício da soberania do Estado, que, embora disciplinada pelo direito, é expressão do poder político.

Por motivos que têm raízes na história, a Inglaterra jamais teve um Judiciário como ramo independente, na organização do Estado. Assim, obviamente, para os teóricos ingleses não tem sentido falar em Poder Judiciário e menos ainda em poder político dos juízes, que, em última análise, são subordinados ao Parlamento. Uma síntese da concepção inglesa do papel do juiz é a frase com que Francisco Bacon inicia seu ensaio *Da Magistratura*: ‘Os juízes devem sempre lembrar-se de que seu ofício é *ius dicere* e não *ius dare*, interpretar a lei, não fazer a lei, ou dar a lei’. O juiz não é legislador, como também não é um autômato, um aplicador cego da lei, proibido de interpretá-la.

Na França, a situação não é exatamente a mesma, mas também há muita resistência à concessão de excessivo poder aos juízes e à interferência destes na política. O tratamento dado ao tema da politicidade dos juízes pelos teóricos franceses merece especial consideração, pois, embora se possa dizer que a primeira reflexão teórica sobre a separação dos poderes e até mesmo sobre um corpo de magistrados independente se encontra em Aristóteles, não há dúvida de que se deve à influência da obra de Montesquieu, *Do espírito das leis*, a divulgação da ideia e sua adoção por muitas Constituições, a partir do século dezoito. O próprio Montesquieu, como já foi lembrado anteriormente, exerceu durante algum tempo a magistratura, atividade que desenvolveu durante alguns anos no quadro da aristocracia do século dezessete e que lhe deu alguma experiência a respeito das funções públicas, sem, entretanto, despertar o seu interesse”. (DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 90-91.)

[...] a ideia de que o veredicto judicial decorreria, inequivocamente, da norma codificada foi, entretanto, superada. Ela deu lugar ao reconhecimento de que o juiz cria direito. Porém, com isto as questões da função da codificação na ação do juiz não estão resolvidas; pelo contrário, elas colocam-se agora de uma forma nova e mais complicada. É justamente aquele que não concebe a tarefa do juiz como absoluta subjugação deste à lei, que tem de perguntar-se acerca do significado que o direito codificado (ainda) tem no processo de decisão judicial. São várias as concepções matizadas situadas entre a esperança de que o juiz encontraria na lei a resposta inequívoca e completa para as suas dúvidas acerca dos princípios de decisão no caso concreto e a opinião de que o juiz não tem em conta a lei, decidindo segundo a sua sensibilidade jurídica ou segundo os interesses das partes afectadas, tal como ele os entende. [...]

O reconhecimento de que o direito codificado não pode, pelo menos de facto, determinar inteiramente a decisão judicial não é novo. Este reconhecimento pode, talvez, comprovar-se com a experiência empírica de que o conteúdo da jurisprudência se pode alterar profundamente, sem que a lei respectivamente aplicável não tenha sido renovada. [...]

Mesmo as opiniões mais cautelosas que se fundam neste reconhecimento mantêm o papel dominante do direito codificado face à sentença judicial. Admite-se que as palavras da lei nem sempre dão indicações claras, que elas “necessitam

de ser preenchidas com valores”, que são “porosas” ou “vagas”. Porém, em contrapartida, são elaboradas novas linhas de defesa: a “letra” dos conceitos legais ou o “significado natural das palavras” constituirão, porventura, “limites de interpretação”; ou então teria que se distinguir entre um “núcleo do conceito” (duro, inequívoco) e a “auréola do conceito” (vaga, requerendo interpretação), podendo-se contar pelo menos no primeiro caso, com o poder determinante do direito codificado.⁷²

Buscando respostas a indagações como: em que medida a atividade hermenêutica desenvolvida no campo do Direito é criativa? Até que ponto é legítimo ao juiz afastar-se da literalidade da lei? Será que existe, de fato, criação judicial em todo ato de aplicação do Direito, mesmo nos casos mais simples?, Sergio Nojiri⁷³ discorre acerca do tema, abarcando posturas doutrinárias de envergadura, para concluir que toda a aplicação do Direito depende de uma anterior interpretação, distinguindo dois momentos, o da interpretação propriamente dita e o da aplicação da lei.

Sob um aspecto ou outro, a lei aplicável deverá ser a que se considere constitucional, pois, ao juiz, nos moldes do modelo norte-americano de magistratura, foi conferido o poder de declarar a inconstitucionalidade de uma lei e, conseqüentemente, impedir que seja aplicada.

Para isso, deverá o interessado pleitear essa declaração por meio de um processo, seguindo todas as exigências procedimentais para que isso ocorra.⁷⁴ O juiz, nessa hipótese,

estará julgando a lei antes mesmo de atingir o caso concreto, por ser uma prejudicial do mérito, cujo pedido pode ou não ser acolhido diante da interpretação que se precederá, nos moldes dos princípios e normas constitucionais.

Para Mauro Cappelletti,

[...] a lei constitucional é “mais forte” do que a lei ordinária, o juiz, devendo decidir um caso em que seria relevante uma lei que ele julgue contrária à norma constitucional, deve “interpretar o direito” no sentido de dar a prevalência à norma constitucional, e não, àquela inconstitucional. Portanto: não *invasão* do juiz na esfera do poder legislativo, mas, antes, pura e simples não aplicação da lei naquele dado caso concreto.⁷⁵

Para Eros Roberto Grau, o juiz não é dotado de discricionariedade. Para ele, todo o magistrado encontra-se vinculado aos textos normativos, portanto a um juízo de legalidade, enquanto a discricionariedade exercita-se num campo de juízo de oportunidade.⁷⁶

sem ação, não há atuação sem provocação, exceção feita ao arbitramento, ao direito de retenção e a venda coativa por inadimplemento do comprador, que são exceções à função jurisdicional, como monopólio estatal. A função jurisdicional enquadra-se na categoria das garantias jurisdicionais inseridas no quadro das garantias do direito objetivo com base na carta constitucional (Chiovenda, *Instituições*, 2ª ed., p. 4), onde há a intervenção do Estado, por meio do processo, atuando jurisdicionalmente com o objetivo de impor a obediência à ordem jurídica (Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, n. 17, p. 793). Portanto, o exercício da função jurisdicional pressupõe o conflito. É função da soberania do Estado e como tal é preservada, na própria Constituição, quando distribui o seu exercício entre os órgãos (tribunais e juízes)”. (ROSAS, Roberto. *Direito processual constitucional: princípios constitucionais do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 27-28.)

72 HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico e codificação. A vinculação do juiz à lei. In: KAUFMANN, A.; HASSEMER W. (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Trad. Marcos Keel (Capítulos 1-5 e 9) e Manuel Seca de Oliveira (Capítulos 6-8 e 10-15). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 282-283.

73 NOJIRI, Sergio. *A interpretação judicial do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 140.

74 “Para que a jurisdição seja atuante, é necessário provocá-la, daí a observação de Calamandrei, de que não há jurisdição

75 CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 82.

76 Diz o autor: “Todo o intérprete, assim como todo juiz, embora jamais esteja submetido ao ‘espírito da lei’ ou à ‘vontade do legislador’, estará sempre vinculado pelos textos normativos, em especial, mas não exclusivamente – é óbvio –, pelos que veiculam princípios (e faço alusão aqui, também, ao ‘texto’ do direito pressuposto). E

Discordamos desse posicionamento,⁷⁷ tendo como suporte a amplitude da interpretação que os textos legais oferecem. Pensar de outra forma seria atribuir à interpretação legislativa uma padronização, situação inconcebível diante de um caso concreto. É certo, porém, que o juiz não poderá se afastar da lei, porque ela é a dirigente das lides, mas, ao lhe conferir determinado significado, atua segundo suas convicções e entendimento.

3.7 O juiz modifica a lei ou a complementa

“O poder se diz na política, na economia, no direito, na cultura, no amor, na ciência, se vê na força, na violência, na persuasão, no convencimento, na vitória, na resistência e até na fraqueza e no desamparo”,⁷⁸ portanto o poder encontra-se em todos os campos do relacionamento humano e representa a imposição da vontade de um sobre o outro. O juiz, na sua atividade primordial de dizer o direito, investe-se, para esse exercício, de parcela do Poder do Estado, sobrepondo-se sobre os

jurisdicionados. Nesse ponto não restam dúvidas quanto à sua autoridade e poder para esse fim, porquanto, “em qualquer relação de Poder, os emissores (detentores do poder) são *prima facie* designados como dignos de transmitir o que eles transmitem e, portanto, autorizados a impor sua recepção e a controlar suas inculcações pelas sanções socialmente aprovadas ou garantidas”.⁷⁹

Esse poder, emanado da Constituição Federal, revela-se no momento em que é investido da jurisdição, dentro das linhas básicas de organização do sistema judiciário nacional por ela traçado.

Como afirma Pietro de Jesús Lora Alarcón, “o juiz tem sempre como parâmetro a ordem jurídica e sua fórmula de justo”,⁸⁰ ordem que se funda no princípio constitucional da tripartição dos Poderes. Nesse exercício, aduz o referido autor, o juiz se inspira no seu raciocínio, aplicando a lei de forma razoável e proporcional.

Partindo-se dessa ideia, vê-se que as decisões judiciais, como não poderiam deixar de ser, fundam-se em uma ordem jurídica constituída, porém são, sobretudo, frutos da razão humana. Razão que decorre da racionalidade fundada em uma técnica interpretativa já dimensionada.

Apenas a título ilustrativo, tomemos como exemplo o Código Civil Brasileiro, promulgado no início do século XX. Referida ordem jurídica, tida por muitos como um código tipicamente rural, tinha como parâmetros as necessidades da época, quando sequer se cogitava da existência de computador, telefones celulares, internet, dentre outros avanços, dando resposta às controvérsias contemporâneas daquele período. Esse Código, tratando das relações individuais do início daquele século, embora muito didático e rico em princípios gerais, satisfazendo aos



cumpra também observarmos que os textos que veiculam normas-objetivo reduzem a amplitude da moldura do texto e dos fatos, de modo que nela não cabem soluções que não sejam absolutamente adequadas a essas normas-objetivo”. (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 200.)

77 Acompanhando o posicionamento dos seguintes doutrinadores: Mauro Cappelletti, Luís Roberto Barroso, Sérgio Sérulo da Cunha e Sergio Nojiri.

78 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 16.

79 *Ibidem*, p. 58.

80 ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Processo, igualdade e justiça. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 2, jul./dez. 2003, p. 171.

interesses de então, já não comportava nem oferecia, sob vários aspectos, as respostas exigidas para a solução de tão diversificados interesses atuais. Assim, as controvérsias surgiam a todo o instante, e a evolução dos tempos e as necessidades sociais dos grupos requeriam uma resposta atual e adequada às soluções dos conflitos.

Então, o que fazer com os ordenamentos jurídicos postos à disposição do juiz que não previram determinada situação, tanto na esfera constitucional quanto na esfera infraconstitucional? Como solucionar o caso concreto?

De acordo com nosso estudo, ao juiz é destinado o papel de, pondo fim ao conflito que lhe é apresentado, preservar o direito das partes, definindo quem tem razão e fixando os contornos da lide, em face de um ordenamento maior ditado por princípios que informam as regras vigentes.

Com base nessa premissa maior, orientada por princípios, o juiz, ao delimitar os contornos da lide, ingressará e analisará objetivamente os enunciados legais aplicáveis ao caso, fazendo uma incursão a aspectos sociológicos e políticos para a aplicação do Direito. Só assim poderá compatibilizar a controvérsia atual com uma norma tão desatualizada.

Essa foi a razão da menção ao Código Civil, promulgado no início do século passado (1916) e que vigorou até o início deste século (2002).

A nova ordem civil atualizou-se, promovendo, inclusive, a alteração de disposições insertas no Código Comercial de 1850, contudo não avançou na complexidade das relações humanas deste século, deixando que questões específicas fossem tratadas por leis da mesma natureza, pois pode-se afirmar não existirem mais relações jurídicas simples, em razão da própria dinâmica imposta pela sociedade, que possam ser tratadas de forma genérica e sem detalhamento.⁸¹

81 A evolução social e os conflitos trazidos ao Poder Judiciário nos remetem a questões como a da necessidade de ser

Por qualquer ângulo que se analise a questão, sempre se verificará que os ordenamentos infraconstitucionais, quando ingressam na ordem vigente, reproduzem as condições verificadas no momento, pois delimitam objetivamente o assunto tratado, diferentemente das regras constitucionais que, de forma ampla, contribuem para que haja a interpretação do texto, em razão dos princípios que inscreve em seu corpo.

Segundo Klaus Stern,

[...] o juiz precisa aplicar, “implementar”, a lei, mas isso significa também que ele não precisa apenas repeti-la, mas interpretá-la, pensá-la até as suas últimas consequências conforme o espírito do Direito, sobretudo do direito constitucional e da ordem de valores que o direito constitucional fornece como orientação prévia.⁸²

Tais afirmações decorrem do raciocínio de que nos encontramos num Estado Democrático de Direito, do qual decorrem poderes conferidos ao povo, detentores do Poder, como de elegerem seus representantes, por exemplo, responsáveis pela elaboração das leis que organizarão a vida em sociedade, leis que terão como norte os direitos fundamentais e outros conferidos pela Constituição, cuja preservação, em última análise, compe-

dirimida a possibilidade de conferir o direito à gestante de efetuar o aborto do feto anencefálico – aquele privado de encéfalo, de cérebro, portanto, destituído de atividade cerebral –, ante a falta de definição legal de aborto de feto portador dessa anomalia, tendo como fundamento a garantia constitucional da preservação do princípio da dignidade da pessoa humana, além de outros princípios, como corolário daquele, para situar questionamentos formulados que envolvam direitos fundamentais do indivíduo.

O princípio da dignidade humana, aplicável na hipótese, conferirá, por abarcar tantos outros, a preservação do direito à saúde e à vida.

Outras questões jurídicas palpitantes ainda merecem menção, como o direito à eutanásia, o da proteção do patrimônio genético, a clonagem, as células-tronco, etc.

82 STERN, Klaus. O juiz e a aplicação do direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 508.

tirá ao Poder Judiciário.

Com muita propriedade, Juarez Freitas sintetiza alguns preceitos interpretativos conferidos ao juiz constitucional, destinados a adequar o ordenamento ditado em instâncias inferiores, visando à preservação da abertura e unidade da Constituição, a qual, conforme afirma, é o coração jurídico do país.

Dentro de um enfoque interpretativo, admite eventual mutação⁸³ da Constituição, necessária à sua flexibilização. Condensa o autor suas considerações nas seguintes proposições:

1. Todo juiz, no sistema brasileiro, é, de certo modo, juiz constitucional e se afigura irrenunciável preservar, ao máximo, a coexistência pacífica e harmoniosa entre os controles difuso e concentrado de constitucionalidade.
2. A interpretação constitucional é processo tópico-sistemático, de maneira

83 Através da mutação ou transição, muda-se o sentido, alcance ou significado da norma, sem mudar o texto.

O conceito de transição ou mutação constitucional não se confunde com alteração constitucional, a qual consiste na revisão formal do compromisso político, acompanhada da alteração do próprio texto constitucional.

Segundo Canotilho, a interpretação da Constituição esbarra em limites, não sendo possíveis mutações constitucionais operadas por via interpretativa. Ressalva o autor, entretanto, que isso não equivale dizer que a constituição é algo estático e alheio à realidade.

O que o supracitado autor leciona é que a constituição pode, sim, passar por um processo de mutação, diante da evolução da realidade, mas não admite que, em razão disso, surja uma “realidade constitucional inconstitucional”. Dizendo de outra forma, a constituição pode ser flexível sem deixar de ser rígida.

Ou seja, “a necessidade de uma permanente adequação dialética entre o programa normativo e a esfera normativa justificará a aceitação de transições constitucionais que, embora traduzindo a mudança de sentido em algumas normas provocadas pela evolução da realidade, não contrariam os princípios estruturais da constituição”. A esse fenômeno, Canotilho dá o nome de “mutações constitucionais silenciosas”. Concluímos que é admissível a mutação constitucional por via interpretativa, desde que não se contrariem os princípios estruturais e seja respeitado o “espírito” da constituição, devendo os intérpretes, aplicadores da norma, agir com muita cautela, para, a pretexto de adequarem a constituição à realidade, não acabarem por criar uma ordem constitucional inconstitucional (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1214-1216.)

que resulta impositivo, no exame dos casos, alcançar solução de equilíbrio entre o formalismo e o pragmatismo, evitando-se soluções unilaterais e rígidas.

3. Ao hierarquizarmos prudencialmente os princípios, as normas e os valores constitucionais, devemos fazer com que os princípios ocupem o lugar de destaque, ao mesmo tempo situando-os na base e no ápice do sistema, vale dizer, fundamento e cúpula do mesmo.

4. O intérprete constitucional deve ser o guardião, por excelência, de uma visão proporcional dos elementos constitutivos da Carta Maior, não entendida a proporcionalidade apenas como adequação meio/fim. Proporcionalidade significa, sobretudo, que estamos obrigados a sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos.

5. O intérprete constitucional precisa considerar, ampliativamente, o inafastável poder-dever de prestar a tutela, de sorte a facilitar, ao máximo, o acesso legítimo do jurisdicionado. Em outras palavras, trata-se de extrair os efeitos mais fundos da adoção, entre nós, do intangível sistema de jurisdição única.

6. O intérprete constitucional deve guardar vínculo com a excelência ou otimização da efetividade do discurso normativo da Carta, no que esta possui de eticamente superior, conferindo-lhe, assim, a devida coerência interna, e a não menos devida eficácia social.

7. O intérprete constitucional deve buscar uma fundamentação racional e objetiva para as suas decisões sincrônicas com o sistema, sem adotar soluções “contra legem”, em que pese exercer atividade consciente e assumidamente positivadora e reconhecendo que a técnica do pensamento tópico não difere essencialmente da técnica de formação sistemática, ambas facetas do mesmo poder de hierarquizar e dar vida ao sistema, entre as várias possibilidades de sentido.

8. O intérprete constitucional deve honrar a preservação simultânea das características vitais de qualquer sistema democrático digno do nome, vale dizer, a

abertura e a unidade, que implica dever de zelar pela permanência na e da mudança.

9. O intérprete constitucional deve acatar a soberania da vitalidade do sistema constitucional no presente, adotando, quando necessário, e com extrema parcimônia, a técnica da exegese corretiva.

10. O intérprete constitucional precisa ter clareza de que os direitos fundamentais não devem ser apreendidos separada ou localizadamente, como se estivessem, todos, encartados no art. 5º da Constituição.

11. O intérprete constitucional, sabedor de que os princípios constitucionais jamais devem ser eliminados mutuamente, ainda quando em colisão ou contradição, cuida de conciliá-los, com maior ênfase do que aquela dedicada às regras, que são declaradas inconstitucionais, em regra, com a pronúncia de nulidade.

12. O intérprete constitucional somente pode declarar a inconstitucionalidade (material ou formal) quando frisante e manifestamente configurada. Dito de outro modo, deve concretizar o Direito, preservando a unidade substancial e formal do sistema em sua juridicidade.⁸⁴

Diante desses conceitos, podemos afirmar que o juiz, ao interpretar a lei, não a modifica nem a complementa.

Num processo racional, o juiz, tendo como pressuposto que o Estado controla as relações sociais por meio de leis e cria limites à autonomia dessas relações, promove a interação entre o fato que lhe é apresentado e a lei, cotejando-os com os preceitos constitucionais, para determinar a compatibilidade com o texto constitucional.

Ao juiz competirá a adequação e conformidade do ato jurídico apontado pelo

conflito com a Constituição. Nesse sentido, a interpretação dada à norma, em caso de incompatibilidade com a Magna Carta, não significa que ele a altera, modifica ou complementa, considerando que apenas deixa de aplicá-la, em virtude de as normas infraconstitucionais terem como paradigma a própria Constituição.

Conclusão

Considerando os antecedentes históricos quanto à necessidade de os homens serem guiados por determinada ordem instituída, seja pelo Direito Natural, Contratual ou pelo Direito Positivo, podemos afirmar que as relações sociais não se estabelecem legitimamente sem que tenhamos um entendimento prévio das normas que lhe são inerentes.

A partir do Direito Natural, encontramos o fundamento de validade dos relacionamentos firmados na moral, moral essa absoluta e transcendental de conhecimento prévio dos seus titulares. Para o Direito Natural, o comportamento, o “dever ser”, se conforma com uma norma moral.

Em face da Doutrina Contratualista, os cidadãos comportam-se de acordo com um pacto previamente firmado com o Estado, aderindo aos seus termos.

E, por fim, pelo Direito Positivo, entendemos que o direito, disciplinando as relações interpessoais, forma-se a partir de uma norma hipotética fundamental, da qual decorrem as demais normas.

As normas, sejam de que natureza forem, ditam o sistema jurídico, incumbido de estruturar as instituições, estabelecendo o perfil do Estado e regendo suas relações sociais e políticas. Consigne-se que essas normas não podem descurar dos valores e princípios tutelados, regulando os Poderes do Estado em face da sociedade, pois todos a ela devem se sujeitar. Esse sistema de normas, instrumento da ordenação do exercício dos

84 FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida a Constituição: preceitos de exegese constitucional. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 246-248.

Poderes políticos/jurídicos do Estado, convencionou-se denominar “Constituição”, que é o Poder Supremo da Nação.

A Constituição, sob esse enfoque, é a norma jurídica mais importante dentro do sistema jurídico do país. É nela que todas as leis editadas se validam. A Lei Constitucional é suprema, e essa supremacia impõe-se sobre toda e qualquer norma.

É desse Poder Supremo que se vale o Poder Judiciário, constituído também sob sua égide, informado por princípios, por garantias, e dotado de competências para

declarar o direito das partes posto sob sua apreciação.

Pela jurisdição consagra-se a soberania outorgada pela Constituição ao magistrado para dizer o Direito, que tem como fim assegurar e restabelecer a ordem jurídica e a prevalência de direitos lesados ou ameaçados de lesão, nos termos das regras e princípios por ela traçados.

Pode-se afirmar que, com o exercício da jurisdição, integra-se a vontade da Constituição, satisfazendo-se o princípio do Estado Democrático de Direito.

Referências bibliográficas

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Método, 2004.

_____. Processo, igualdade e justiça. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 2, p. 165-198, jul./dez. 2003.

AMARAL, Rafael Caiado. *Peter Härbele e a hermenêutica constitucional: alcance doutrinário*. Porto Alegre: Antonio Sérgio Fabris, 2004.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES, Vidal Serrano Jr. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro* (exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência). São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Curso de teoria geral do Estado e ciência política*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva.

_____. *Dicionário de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Teoria do Estado*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

_____. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CARRAZZA, Roque Antônio. O princípio da legalidade. Generalidades. In: *Curso de direito constitucional tributário*, 29. ed. rev., ampl. e atual. a até a Emenda Constitucional n. 72/2013. São Paulo: Malheiros, 2013.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 2000.

CUNHA, Sérgio Sérulo da. *O efeito vinculante e os poderes do juiz*. São Paulo: Saraiva, 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 3. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed., 17. reimp. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida a Constituição: preceitos de exegese constitucional. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2003.

GARCIA, Maria. *Desobediência civil*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico e codificação. A vinculação do juiz à lei. In: KAUFMANN, A.; HASSEMER W. (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Trad. Marcos Keel (Capítulos 1-5 e 9) e Manuel Seca de Oliveira (Capítulos 6-8 e 10-15). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. *O que é Justiça?* Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, tomo III.
- MONTESQUIEU. *O espírito das leis, as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- MORAES, Alexandre de. Jurisdição constitucional – Breves notas comparativas sobre a estrutura do Supremo Tribunal Federal e a Corte Suprema Norte-Americana. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, p. 497-531, jan./jun. 2003.
- MORRIS, Clarence (Org.). *Os grandes filósofos do direito*. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- NOJIRI, Sergio. *A interpretação judicial do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000.
- PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do direito*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Trad. Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ROSAS, Roberto. *Direito processual constitucional: princípios constitucionais do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- STERN, Klaus. O juiz e a aplicação do direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2003.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Uma nova crítica do Direito. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.
- TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- VILLEY, Michel. *Filosofia do direito - Definições e fins do direito - Os meios do direito*. Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2008, tomos 1 e 2.

