

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**A PRESERVAÇÃO PELO JUIZ MONOCRÁTICO DOS PRINCÍPIOS
FUNDAMENTAIS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, EM ESPECIAL A
CIDADANIA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

LAILSON BRAGA BAETA NEVES

**Belo Horizonte
2011**

LAILSON BRAGA BAETA NEVES

**A PRESERVAÇÃO PELO JUIZ MONOCRÁTICO DOS PRINCÍPIOS
FUNDAMENTAIS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, EM ESPECIAL A
CIDADANIA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Público.

Área de concentração: Direito Público

Orientação: Prof. Dr. Edimur Ferreira de Faria

Belo Horizonte
2011

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

N518p Neves, Lailson Braga Baeta
A preservação pelo juiz monocratico dos princípios fundamentais do estado democratico de direito, em especial a cidadania e a dignidade da pessoa humana / Lailson Braga Baeta Neves. Belo Horizonte, 2011.
152f.

Orientador: Edimur Ferreira de Faria
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Função judicial. 2. Juízes – Decisões. 3. Direitos fundamentais. 4. Estado democrático de direito. 5. Princípio da dignidade da pessoa humana. I. Faria, Edimur Ferreira de. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 340.14

Lailson Braga Baeta Neves

**A PRESERVAÇÃO PELO JUIZ MONOCRÁTICO DOS PRINCÍPIOS
FUNDAMENTAIS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, EM ESPECIAL A
CIDADANIA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós
Graduação em Direito da Pontifícia
Universidade Católica de Minas Gerais, como
requisito parcial para a obtenção do título de
Mestre em Direito Público.

Prof. Dr. Edimur Ferreira de Faria

Prof. Dr. Edimur Ferreira de Faria (Orientador) – PUC Minas

Prof. Dr. Mário Lúcio Quintão Soares

Prof. Dr. Mário Lúcio Quintão Soares – PUC Minas

Prof. Dr. Eduardo Machado Tupinambá

Prof. Dr. Eduardo Machado Tupinambá (Convidado) - UNIMONTES

Belo Horizonte, 29 de novembro de 2011

AGRADECIMENTO

Agradeço ao senhor meu Deus que nunca me faltou. A minha mãe e meu pai (in memoriam). Aos meus filhos. Ao meu orientador o Dr. Edimur Ferreira de Faria pelo apoio e incansável orientação. Ao Dr. Eduardo Machado Tupinambá pela dedicação incondicional e muito especialmente a minha querida Alexandra por tudo.

RESUMO

A presente dissertação tem por escopo investigar a atuação do juiz monocrático em face do Estado Democrático de Direito e dos Direitos Fundamentais vigentes, bem como do princípio da dignidade da pessoa humana, verificando se a jurisdição, enquanto direito fundamental, é assegurada ao cidadão e de que forma. Foca-se na construção democrática da decisão judicial e se as teorias discursivas desenvolvidas ao longo do século XX proporcionam à determinação prolatada pelo juiz singular, legitimidade e uma maior pretensão de correção. Para tanto, delimitou-se na atividade dos juízes que exercem sua atividade na região Norte do Estado de Minas Gerais. Pesquisou-se a origem e desenvolvimento da função judicante, dos direitos humanos e fundamentais, das teorias discursivas e argumentativas, bem como do povoamento e desenvolvimento da região e do Judiciário. A pesquisa partiu do marco teórico desenvolvido por Marcelo Galluppo que asseverou, diante do Estado Democrático de Direito, somente uma teoria discursiva quer seja na elaboração da norma jurídica, quer seja na aplicação do direito. A dissertação pretendeu trazer, enquanto contribuição, questões a respeito da construção da decisão judicial e a necessidade de garantir ao cidadão a participação efetiva na construção do provimento judicial que lhe afeta, conferindo ao julgado a legitimidade que se faz necessária quando se insere no Estado Democrático de Direito.

Palavras chave: Argumentação. Discurso. Juiz. Princípios. Jurisdição. Direitos fundamentais.

ABSTRACT

The present study approaches the issue of the role of the judge before the democratic state of rights and the current Fundamental Rights, as well as the principle of human dignity, making sure that the jurisdiction, as a fundamental right is guaranteed to the citizen and how. It focuses on a democratic way of building a judicial decision making process and on the discourse theories developed throughout the twentieth century which leads to the determination handed down by the Judge, legitimacy and a great pretention to correctness. For this study, the judges who exercise their activity in the northern region of Minas Gerais were chosen. The origin and development of the adjudicative function, human rights and fundamental argumentative theories of discourse, as well as the settlement and development of the region and the judiciary were researched. The research was based on the theoretical framework developed by Marcelo Galluppo that asserted that before the democratic state of law, only a discursive theory either in the development of law or in the law enforcement. Plenty of foreign and national literature was used, as well as a survey conducted by the Judicial School Judge Edésio Fernandes, The Court of Justice of Minas Gerais, in partnership with Fundacao Getulio Vargas, in surveys conducted by the National Council of Justice and a questionnaire that magistrates underwent spontaneously. The present study does not claim to definitively answer the question, but to bring, as a contribution, issues regarding the construction of the judicial decision and the need to ensure effective citizen participation in building the legal provision that affects it, giving the judge the legitimacy which is necessary when inserting in a democratic state.

Key Word: Argumentation. Speech. Judge. Principles. Jurisdiction. Fundamental rights.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 EVOLUÇÃO DO DIREITO E DA MAGISTRATURA.....	15
2.1 <i>Considerações Iniciais</i>	15
2.2 O Direito e o Poder de Julgar na Antiguidade.	15
2.2.1 <i>O Juiz e o Direito entre os Povos Antigos</i>	16
2.2.2 <i>Os Egípcios</i>	16
2.2.3 <i>Os Babilônios</i>	17
2.2.4 <i>Os Hebreus</i>	17
2.2.5 <i>Os Indianos</i>	17
2.2.6 <i>Os Gregos</i>	18
2.2.7 <i>Os Romanos</i>	19
2.3 O Período Medieval - Direito Canônico	20
2.3.1 <i>Os Tribunais de Corporações e Comerciais</i>	20
2.4 O Juiz em Hobbes - o embrião do Estado Moderno.....	22
2.5 O Juiz a partir da Magna Carta.....	23
2.5.1 <i>A Divisão dos Poderes em Locke</i>	24
2.5.2 <i>O Judiciário em face de Montesquieu</i>	24
2.5.3 <i>A Tripartição na Constituição dos Estados Unidos da América</i>	26
2.5.4 <i>A Divisão Bipartite de Poderes (Modelo Europeu)</i>	27
2.6 A Evolução Conceitual do Judiciário no Brasil	27
2.6.1 <i>A Magistratura no Brasil Colonial</i>	28
2.6.2 <i>O Constitucionalismo e o Brasil Reino Unido</i>	28
2.6.3 <i>O Brasil Imperial</i>	29
2.6.4 <i>A Divisão de Poderes de Benjamin Constant</i>	29
2.6.5 <i>A Composição da Justiça no Brasil Imperial</i>	30
2.6.6 <i>O Judiciário na República</i>	31
2.6.7 <i>O Período pós 1964 até 1988</i>	31
<u>2.6.7.1 <i>O Juiz pós 1988</i></u>	<u>31</u>
2.7 Recrutamento e Formação dos Magistrados.....	32
2.7.1 <i>Recrutamento e Formação em Alguns Países</i>	32
<u>2.7.1.1 <i>Alemanha</i></u>	<u>33</u>
<u>2.7.1.2 <i>Itália</i></u>	<u>34</u>
<u>2.7.1.3 <i>Portugal</i>.....</u>	<u>34</u>
<u>2.7.1.4 <i>Inglaterra</i>.....</u>	<u>35</u>
<u>2.7.1.5 <i>Estados Unidos da América</i></u>	<u>35</u>
<u>2.7.1.6 <i>França</i>.....</u>	<u>36</u>
<u>2.7.1.7 <i>Japão</i>.....</u>	<u>36</u>
<u>2.7.1.8 <i>China</i></u>	<u>36</u>
<u>2.7.1.9 <i>Bélgica</i>.....</u>	<u>36</u>
2.7.2 <i>Exposição Quanto ao Recrutamento</i>	37
2.7.3 <i>O Sistema de Recrutamento no Brasil e a Formação do Magistrado Brasileiro</i>	37
<u>2.7.3.1 <i>O Processo de Ingresso na Carreira</i>.....</u>	<u>38</u>
<u>2.7.3.2 <i>O Período na Escola Judicial</i></u>	<u>38</u>
<u>2.7.3.3 <i>O Vitaliciamento</i></u>	<u>38</u>
<u>2.7.3.4 <i>O Quinto Constitucional</i></u>	<u>39</u>
<u>2.7.3.5 <i>Requisitos do Candidato</i></u>	<u>39</u>

2.7.3.6 Critério de Avaliação.....	40
2.8 O Poder Judiciário no Brasil e em Minas Gerais	40
2.8.1 O Supremo Tribunal Federal	40
2.8.2 O Superior Tribunal de Justiça	41
2.8.3 Os Tribunais Regionais Federais.....	41
2.8.4 Juízes Federais.....	41
2.8.5 Tribunal Superior Eleitoral	42
2.8.6 Tribunais Regionais Eleitoral.....	42
2.8.7 Juízes eleitorais.....	42
2.8.8 Tribunais de Justiça.....	42
2.8.9 Juízes Estaduais	43
2.8.10 O Poder Judiciário em Minas Gerais.	43
2.9 A Estrutura do Judiciário no Norte de Minas.....	44
3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	46
3.1 Considerações Iniciais.....	46
3.2 Evolução Histórica	46
3.2.1 A Pré-História dos Direitos Fundamentais.....	46
3.2.2 A Idade Média	47
3.2.3 A Idade Moderna – Séculos XVI e XVII	48
3.2.4 A Idade Moderna – Século XVIII.....	49
3.2.5 O Positivismo	50
3.2.6 Os Direitos Fundamentais no Brasil Durante o Estado de Segurança.....	52
3.2.7 Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1988	52
3.3 As Dimensões ou Gerações dos Direitos Fundamentais.	53
3.3.1 Direitos Fundamentais de Primeira Dimensão ou Geração.....	54
3.3.2 Direitos Fundamentais de Segunda Dimensão ou Geração.....	54
3.3.3 Direitos Fundamentais de Terceira Dimensão ou Geração.....	54
3.3.4 Direitos Fundamentais de Quarta Dimensão ou Geração	55
3.4 Diferenças Entre Direitos Fundamentais e Humanos e Direitos do Homem.....	55
3.5 Conceituação dos Direitos Fundamentais e Diferença entre direitos fundamentais e Garantias Fundamentais.	56
3.5.1 Conceituação dos Direitos Fundamentais	56
<u>3.5.1.1 Diferença entre Direitos Fundamentais e Garantias Fundamentais.....</u>	<u>57</u>
3.6 Classificação dos Direitos Fundamentais.....	57
3.6.1 Direitos de Status Negativo.....	57
3.6.2 Direitos de Status Positivus	58
3.6.3 Direitos de Status Activus.....	58
3.6.4 Os Direitos a Prestações	58
<u>3.6.4.1 Direito a Prestações no Sentido Amplo e no Sentido Restrito</u>	<u>58</u>
3.7 Titulares e Destinatários dos Direitos Fundamentais e Princípio da Universalidade.....	59
3.7.1 Princípio da Universalidade	60
3.8 Colisão entre Direitos Fundamentais	60
3.8.1 As normas de Direitos Fundamentais	60
3.8.2 A Proposta de Alexy.....	61
<u>3.8.2.1 Colisão em Sentido Restrito.....</u>	<u>61</u>
<u>3.8.2.2 Colisão em Sentido Amplo</u>	<u>61</u>
3.8.3 A Solução do Problema da Colisão	62
<u>3.8.3.1 A Solução de Alexy</u>	<u>62</u>

3.8.3.2 Günther e Habermas	63
3.9 Princípio da Dignidade Humana	63
3.9.1 Fundamentos do Princípio Fundamental	63
3.9.2 A Dignidade da Pessoa Humana e sua Positivação.....	64
3.9.2.1 A Positivação na Constituição Brasileira de 1988.....	64
3.9.2.2 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Postulação em Juízo.....	65
3.9.2.3 O Princípio Fundamental e a Jurisdição	65
3.10 A Jurisdição.....	66
3.10.1 Evolução da Jurisdição	66
3.10.2 A Jurisdição enquanto Direito Fundamental	67
3.10.3 A Jurisdição e o Estado Democrático de Direito.....	67
3.11 O Devido Processo Legal	68
3.11.1 Origem do Devido Processo Legal	69
3.11.2 O Devido Processo Legal na Constituição de 1988	69
3.11.3 O Que é Devido e quem é Devido	70
3.12 O Contraditório e a Ampla Defesa	71
3.12.1 O Contraditório.....	71
3.12.2 A Ampla Defesa.....	72
4 AS TEORIAS ARGUMENTATIVAS E DISCURSIVAS E SUAS RELAÇÕES COM O JUDICIÁRIO.....	74
4.1 Considerações Iniciais.....	74
4.2 Origem e Desenvolvimento	74
4.2.1 A Linguística e a Psicanálise	78
4.2.1.1 Lacan.....	78
4.2.1.2 Freud	79
4.3 O Posicionamento de Dworkin.....	79
4.4 A Teoria do Agir Comunicativo.....	80
4.5 As Teorias Argumentativas a Partir de Habermas	81
4.5.1 A Teoria da Argumentação de Robert Alexy.....	82
4.5.2 A Teoria da Argumentação de Günther, fundamentação e aplicação	83
4.5.3 A Teoria da Argumentação de Perelman.....	85
4.5.4 A Visão Hermenêutica Gadameriana.....	86
4.6 Habermas, Facticidade e Validade.....	87
4.7 A Função do Juiz no Estado Democrático de Direito	90
4.7.1 O Papel do Judiciário no Brasil Democrático.....	91
4.8 Os Tipos de Juízes concebidos pela Filosofia do Direito.....	91
4.9 Uma Conceituação Moderna do Direito.....	92
4.10 A Necessidade de uma Teoria Discursiva na Construção da Decisão.....	95
5 O JUDICIÁRIO NO NORTE DE MINAS E O POVO NORTE MINEIRO	97
5.1 Considerações Iniciais.....	97
5.2 Quem é o Povo?	97
5.2.1 Quem é o Povo (brasileiro)?.....	98
5.2.2 Quem é o Povo (Norte Mineiro)?.....	100
5.2.3 O povoamento, suas matrizes históricas.....	100
5.2.4 O artesanato do Norte de Minas	103
5.2.5 O perfil do povo Norte Mineiro.....	104
5.3 A origem e evolução do Judiciário no Norte de Minas	105
5.4 Dados estatísticos importantes	108

<i>5.4.1 Dados do Conselho Nacional da Magistratura</i>	108
<i>5.4.2 Pesquisa com magistrados Mineiros</i>	109
<i>5.4.3 Questionário Respondido pelos Juizes Atuentes no Norte de Minas</i>	112
<i>5.4.4 Comentários sobre os dados pesquisados</i>	113
<u>5.4.4.1 Fatores relativos às dificuldades da prática discursiva interativa no Poder Judiciário</u>	116
5.4.4.1.1 A recente transição democrática	116
5.4.4.1.2 Formação acadêmica positivista	117
5.4.4.1.3 Inserção em uma estrutura arcaica e burocratizante.....	117
5.4.4.1.4 A cultura do isolamento.....	118
5.4.4.1.5 Falta de aproximação com a comunidade acadêmica e de cursos que priorizem uma visão sócio-humanística	118
5.5 Riscos que podem ser apontados em face das Teorias Argumentativas e Discursivas	119
<i>5.5.1 Respostas às objeções mencionadas</i>	120
<u>5.5.1.1 Subjetivismo das Teorias Discursivas</u>	120
<u>5.5.1.2 Risco de criação de diversos sistemas jurídicos</u>	120
<u>5.5.1.3 Crise de autoridade e imparcialidade</u>	121
<u>5.5.1.4 Dificuldades de aplicação em face da pluralidade e heterogeneidade da população</u>	122
<u>5.5.1.5 Pluralidade de decisões distintas entre si para casos semelhantes</u>	123
<u>5.5.1.6 Incompatibilidade das Teorias Argumentativas e Discursivas com a realidade nacional</u>	123
5.6 O discurso, a Constituição Brasileira e os Direitos Fundamentais	126
5.7 A prática Discursiva e Argumentativa e os juizes Norte Mineiros: A garantia dos Direitos Fundamentais em juízo	127
<i>5.7.1 O povo Norte Mineiro, seu conceito e o agir comunicativo</i>	127
<u>5.7.1.1 A região Norte, o Juiz e a modernidade</u>	129
<i>5.7.2 A prática dos juizes e sua percepção</i>	130
<i>5.7.3 Práticas comunicativas em juízo</i>	131
<i>5.7.4 Possibilidades de Práticas discursivas não Institucionalizadas</i>	132
<i>5.7.5 A validade da aplicação da Teoria Discursiva e Argumentativa pelos juizes monocráticos no Norte de Minas</i>	135
6 CONCLUSÃO	138
REFERÊNCIAS	142
APÊNDICE	152

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo verificar a preservação da jurisdição enquanto direito fundamental, sob a égide do princípio da dignidade da pessoa humana e a aplicabilidade do discurso enquanto prática hermenêutica jurídica ou judicial.

O trabalho foi estruturado em quatro capítulos, sendo que o primeiro trata da evolução conceitual da magistratura e suas relações ideológicas e culturais com a sociedade ou comunidade em que se inserem. Nesse capítulo é feita uma exposição, ainda que sucinta, da evolução conceitual da magistratura, Poder Judiciário e do Juiz a partir da conformação inicial do Estado moderno.

Embora sejam feitas referências ao poder de julgar ou dirimir conflitos na antiguidade e em especial algumas informações sobre determinados povos, é importante ressaltar a evolução do Judiciário desde a Idade Média e posteriormente o surgimento da Magna Carta. Assim, aos poucos foi-se delineando a jurisdição e seu atrelamento ao processo.

Por isso, no mesmo capítulo, discorreu-se sobre a formação e seleção dos magistrados em alguns países, inclusive no Brasil. Finalmente, foi informada a estrutura do Judiciário na região norte mineira nos dias de hoje.

No segundo Capítulo, abordou-se os Direitos Fundamentais, situando a jurisdição e a importância do princípio da dignidade da pessoa humana, tanto como base estrutural constitucional (princípio basilar), bem como referencial hermenêutico permeável a toda decisão judicial.

Pretendeu-se também, fazer uma análise sobre os direitos fundamentais, passando por sua evolução histórica e conceituação em face dos autores pesquisados.

Já no terceiro Capítulo, analisou-se as teorias linguísticas discursivas e argumentativas; sua importância e relação com a garantia dos direitos fundamentais e a legitimidade da decisão judicial, ainda que em menor profundidade. Relacionando-as, em especial, com o desenvolvimento construtivo da decisão no âmbito jurídico em observância ao princípio basilar da Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais, com ênfase na jurisdição em busca de um conteúdo teórico e pragmático do binômio “decisão e legitimidade”.

Por fim, no quarto Capítulo, examinou-se o “O Judiciário e o Povo Norte Mineiro”, com ênfase na formação do contingente populacional da região, sua

relação com a constituição do Judiciário local, a formação dos magistrados, conjugando com a aplicabilidade do discurso e a sua importância em face das peculiaridades regionais.

Pretendeu-se delinear o conceito de povo, com foco na povoação do Norte de Minas. Buscando a importância do relacionamento do cidadão com a formalidade do Judiciário.

Foram analisados alguns dados estatísticos do CNJ – Conselho Nacional de Justiça e da EJEJF – Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes, bem como as respostas dos juizes da região em questionário aplicado, a fim de relacionar suas posições com as praticas discursivas comentadas no Capítulo terceiro em face do perfil da população selecionada.

A partir do estudo das peculiaridades do povo norte mineiro, pode-se dimensionar a importância do discurso travado entre as partes e o Juiz, a fim de se buscar a decisão adequada ao caso concreto.

Por meio das características únicas do povo, atrelado à constante volatilidade dos valores em razão da pós modernidade e dos modelos globalizantes, pretendeu-se demonstrar que somente uma decisão judicial construída por meio do discurso participativo alcança a legitimidade necessária para se sustentar no atual sistema jurídico nacional.

O marco teórico se acentua na afirmação de Gallupo de que “Uma Teoria Procedimental do Direito, e em especial uma Teoria Discursiva do Direito, exigida para a compreensão do Estado Democrático do Direito, só é possível se indicar as condições pragmáticas para a realização dos discursos jurídicos de justificação e de aplicação das normas jurídicas. Exatamente por isso, apenas uma teoria Procedimental do Direito que seja uma teoria pragmática de comunicação humana pode reconstruir adequadamente essa forma de Estado e de seu direito.”

Diante da afirmação acima, buscou-se ampliar a pesquisa, em especial no que diz respeito às teorias discursivas e argumentativas de Alexy, Günther, Habermas e Perelman, bem como nas posturas teóricas do juiz em Dworkin e Ost, sem olvidar a hermenêutica Gademeriana.

As fontes mais importantes dessa pesquisa são as obras de Habermas, em especial “Direito e Democracia: entre a facticidade e validade”, na qual focaliza-se a questão se poderia a teoria do discurso e do agir comunicativo colaborar decisivamente para a elucidação e compreensão do atual domínio do estado

democrático, assim como a impossibilidade de prevalência dos direitos humanos sem democracia, ou de democracia sem a garantia quanto aos direitos humanos.

Foram utilizadas, também, as suas obras a “Inclusão do Outro”, “A ética da discussão e a questão da verdade”.

A partir daí, desenvolveu-se a questão que pretendeu-se investigar neste trabalho, no que diz respeito à aplicação do direito pelos juízes de primeiro grau.

Tendo como base os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, conforme consta da Constituição da República Federativa do Brasil, incluindo-se a jurisdição, estaria à prática hermenêutica do juiz de base, na Comarca de Montes Claros, na primeira década do século XXI (2001/2009), em consonância com tais princípios, em especial o da dignidade da pessoa humana diante do procedimento em concreto, ou estaria ela divorciada da visão democrática constitucional, em face da teoria discursiva do direito? Os direitos fundamentais do cidadão são garantidos quando este se encontra em juízo nessas Comarcas? O discurso de fundamentação e de aplicação da norma contém elementos suficientes para atender a prática judicante de base?

Em síntese, o juiz monocrático, atuante na Região Norte do Estado de Minas Gerais se utiliza de alguma teoria pragmática de comunicação ou discursiva a fim de buscar a segurança da decisão em face dos princípios e direitos fundamentais assegurados pela Constituição da República?

Em síntese, o juiz monocrático, atuante na Região Norte do Estado de Minas Gerais se utiliza de alguma teoria pragmática de comunicação ou discursiva a fim de buscar a segurança da decisão em face dos princípios e direitos fundamentais assegurados pela Constituição da República?

É por isso que se questionou se os juízes democráticos, estágio onde se constrói o processo, aplicam alguma teoria discursiva como método hermenêutico garantidor dos direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e da jurisdição, ou se tal teoria é aplicável e, caso afirmativo, se ela corresponde às assertivas de nosso marco teórico.

Além das análises feitas nos órgãos acima mencionados, e da aplicação de questionários para os magistrados, utilizou-se o método bibliográfico e dedutivo, valendo-se de dados e pesquisas à disposição do público.

2 EVOLUÇÃO DO DIREITO E DA MAGISTRATURA

2.1 Considerações Iniciais

Neste capítulo não se tem a pretensão de fazer uma profunda verificação das raízes históricas da magistratura, embora existam referências de tal natureza, mas fazer uma exposição, ainda que sucinta, da evolução conceitual da magistratura, Poder Judiciário e do Juiz á partir da conformação inicial do Estado Moderno.

Embora sejam feitas referências ao poder de julgar ou dirimir conflitos na antiguidade e em especial algumas informações sobre determinados povos, é importante ressaltar que o que mais nos interessa é a evolução do judiciário á partir da Idade Média e depois o surgimento da Magna Carta. Assim, aos poucos vai ser delineado a jurisdição e seu atrelamento ao processo.

Em face disso, não há como deixar de atrelar a formação conceitual da magistratura à própria evolução do direito. Não se fará, portanto, uma exposição da estrutura formal do Poder Judiciário em períodos históricos.

Além disso, é importante dizer, que o que se entende por evolução conceitual, pode ser definido como evolução da concepção de magistratura através dos tempos, razão pela qual a formação e forma de recrutamento dos magistrados, são inseridas neste capítulo.

2.2 O Direito e o Poder de Julgar na Antiguidade.

Segundo Wolkmer (2010), os primeiros julgadores eram sacerdotes, daí a então natureza sacra do ato de julgar. Estes preservavam as suas decisões, constituindo-se em verdadeira tradição sagrada nos julgamentos.

Em face da acreditada relação dos julgadores com os deuses, suas decisões eram respeitadas, assim como pela severidade das penas aplicadas.

Os sacerdotes invocavam a divindade para saber quem falava a verdade. A verdade, portanto, era a expressão do divino via manifestação do julgador. Era comum o julgamento divino (ordálio), quer seja pelo fogo, veneno, poço de crocodilos ou cobras; inclusive o duelo.

É fácil compreender a origem da chamada formalidade dos atos judiciais, visto que, na antiguidade, o formalismo cerimonial caracterizava os julgamentos.

No direito arcaico predomina, portanto, a forma sobre o fundo, não havendo investigação sobre o espírito da norma.

Entretanto, o segredo das decisões guardado pela classe sacerdotal foi revelado pela indiscrição de alguns escribas, como ocorreu em Roma com o *Ius Flavianum*, direito dos pontífices revelado em 304 A.C., por Gneo Flávio.

A primeira fonte do direito foi às decisões daqueles julgadores, posto que em algumas comunidades, reis e sacerdotes reduziram a escrito as principais decisões imemoriais, a exemplo de Hamurabi e seu código, demonstrando que o direito foi casuisticamente estabelecido.

Além disso, conclui-se que a jurisdição precede ao processo e, muito mais, ao devido processo legal, mais tarde estabelecido nos Estados Democráticos.

Os direitos individuais e contratos apareceram, mais tarde na Mesopotâmia e no Egito, através da Lei de Maine.

2.2.1 O Juiz e o Direito entre os Povos Antigos

Segundo Lenza (2000), só há que se falar em magistratura como o embrião da aplicação da justiça pelo poder público, a partir de 455 A.C., pela instituição das Leis das XII tábuas, em Roma, entretanto, faz-se breve referência à função de julgar entre os povos da antiguidade por um dever referencial e até reverencial.

2.2.2 Os Egípcios

Era uma teocracia e o faraó era uma divindade, detentor de todas as terras que eram exploradas por concessão por alguns privilegiados.

Os juízes julgavam em nome do faraó e eram orientados por um funcionário da corte, sem o qual não poderiam realizar qualquer ato. Assim, a sua vinculação ao poder monárquico e, por consequência, divino, era total.

Havia pena de morte para o homicídio, mas a execução do parricídio, especificamente, se dava na fogueira. O ladrão era mutilado, escravizado, exilado ou atirado à fogueira, enquanto a adúltera, sofria o açoite que só era aplicada após o parto se estivesse grávida.

2.2.3 Os Babilônios

O Código de Hamurabi, resultado de compilações de decisões como já foi dito anteriormente, segundo a tradição religiosa, teria sido recebido do Deus do Sol, o que lhe revestia de autoridade divina. Nele, veio a primeira manifestação de responsabilidade civil.

Embora tenha sido precedido pela tabuinha de Istambul (Código de Ur Namur), é mais completo e contém decisões inteiras que lhe foram incorporadas, como decorre de seu texto, demonstrando que tem origem em casos concretos¹, confirmando a origem casuística das normas na antiguidade e que as sentenças foram fontes daquelas codificações.

2.2.4 Os Hebreus

As normas desenvolvidas pelos hebreus continham preceitos religiosos e morais, em vários livros sob a forma de sentenças, salmos e provérbios eram considerados a expressão da vontade de Deus. A Lei de Talião foi prevista no Levítico, provavelmente por influência do Código de Hamurabi.

Segundo o direito hebreu arcaico, o juiz deveria possuir algumas características para que pudesse exercer tal função, ou seja, deveria ser sábio, equitativo, piedoso e modesto.

2.2.5 Os Indianos

O direito entre eles era tradicionalmente religioso, servindo para assegurar o regime de Castas. O Código de Manu foi escrito em verso para facilitar a sua assimilação. A mulher era cultuada, apesar da supremacia masculina, em face dos resquícios do matriarcado², manifestado no culto da divindade na forma feminina.

Os brâmanes eram a classe sacerdotal, mas a classe dos Chatrias (administradores, guerreiros, legisladores e juízes), eram os responsáveis pela elaboração e aplicação da norma.

¹ Por exemplo: “a mulher que mandar matar o marido por gostar de outro será implantada, ou “se um homem negligenciar a fortificação de seu dique, se ocorrer uma brecha e o cantão inundar-se, o homem será condenado a restituir o trigo destruído por sua culpa”, etc.

² Exemplo: “Não se bate em uma mulher nem com uma flor, qualquer que seja a falta cometida”.

Os reis, membros desta casta, governavam apoiados em um conselho de sábios, geralmente formado por brâmanes.

A aplicação da lei ao caso concreto era realizada segundo a interpretação desta pelos membros da casta mais elevada, ou seja, a classe sacerdotal.

2.2.6 Os Gregos

Os gregos não foram grandes juristas, destacando-se pelo desenvolvimento da filosofia e da ciência política, embora tenham produzido uma estrutura normativa e judicial interessante e diferente dos povos citados antes.

Não consideravam o direito como uma expressão divina, mas não era, a princípio, escrito, mas somente conhecido pelos aristocratas, em geral, proprietários de terras.

O crescimento de uma classe que não pertencia á aristocracia gerou discórdias, e somente com o surgimento dos legisladores Dracon (550 A.C.) e Sólon (600 A.C.), que a situação conflituosa teve termo, mediante a ação legislativa de ambos.

Só então o direito grego evoluiu para uma legislação mais justa e moderada, posto que, ao contrário do que se pensa, as leis de Dracon eram mais equilibradas e justas do que as que vigiam até então.

Os gregos antigos não conheceram uma Grécia unificada, até mesmo em face de sua geografia, razão pela qual predominou a autonomia das polis, razão pela qual nos limitaremos a Atenas quanto a sua estrutura.

A democracia ateniense dividia sua estrutura entre órgãos de governo e órgãos de administração da Justiça.

A assembléia, composta por todos os cidadãos maiores de vinte anos era o órgão de maior poder.

O conselho, órgão auxiliar da assembléia, era composto por quinhentos cidadãos com idade superior a trinta anos, escolhidos por sorteio e submetidos a testes morais.

Os estrategos eram um grupo de dez pessoas eleitas pela assembléia para comandar as forças armadas.

Os magistrados eram escolhidos por sorteio a cada ano, e inadmitida a sua reeleição. Eram estruturados na forma de colegiados e o mais importante era o dos arcontes.

Impõe, porém, dizer que para Aristóteles, a base da sociedade é a Justiça e o julgamento a ordem na sociedade, pois esta é a aplicação da justiça. Para ele, a capacidade de estar em juízo é a principal característica do cidadão, como será posto mais adiante com maior propriedade.

2.2.7 Os Romanos

O direito na antiga Roma nos interessa menos do que se imagina, posto que, segundo Lopes (2009), o que denominamos Direito Romano nada mais é do que a leitura ou avivamento efetuado na Idade Média.

Não é, portanto, o direito dos romanos históricos, posto que este pertence a um mundo extinto. Ainda assim, convém dizer, tomando Wolkmer como fonte, que o direito na Roma antiga teve suas bases na Grécia, mas foi ali que surgiram os primeiros grandes juristas, em face do pragmatismo jurídico e administrativo do Romano.

A princípio, era basicamente consuetudinário, tendo uma sociedade formada por clãs que perdurou entre o período da realeza até a implantação da República.

O direito confundia-se com a religião vigente, razão pela qual, os sacerdotes eram também magistrados pelo menos até 250 A.C. Estes sacerdotes eram os nuncios das questões de guerra e também embaixador religioso, mas resolviam pendências cíveis e criminais nos períodos de paz.

As normas não eram escritas, uma vez que, praticamente desconheciam as letras. Portanto, o processo era inteiramente oral e as partes participavam de todas as fases até a decisão final. Não se admitia a representação, e as partes tinham que comparecer pessoalmente perante a autoridade sacerdotal, que tinha poder jurisdicional.

Entretanto, ainda não existia o embrião da magistratura pública como se verá adiante.

O direito costumeiro, todavia, foi codificado pela Lei das XII tábuas (450-449 A.C.), representando então, a primeira grande vitória da plebe sobre os patrícios, pois, de suas fileiras, surge á figura do tribuno.

O Direito Romano tem então, assento na equidade, ou seja, no equilíbrio.

Somente no século VIII A.C., é que, segundo Leal (2009), surge um sistema parcialmente judicial (*legis actiones*), mas a figura do pretor só aparece no século II A.C.. Esta fase durou até o século III D.C. O juiz de fato, é escolhido pelo governo através do pretor, que foi ampliado a fim de que a vontade do príncipe fosse à única fonte do direito.

2.3 O Período Medieval - Direito Canônico

Com a fundação e criação de novos Estados, o Direito Romano perde a sua predominância e se torna uma legislação auxiliar, embora tenha chegado a ser acolhido na Alemanha em larga escala.

O direito medieval, em face do predomínio da Igreja, se impõe. O clero passa a constituir-se em uma classe muito influente e utiliza a força e a repressão para o seu desenvolvimento.

A dogmática e o inquérito são as grandes contribuições do Direito Canônico Medieval da época.

A Igreja era a grande latifundiária e, por isso, defendia o feudalismo, que vai sendo estabelecido a partir de então. É a Igreja medieval, portanto, quem lança os fundamentos da pena de prisão que seria aperfeiçoada na Inglaterra durante o reinado da rainha Elizabeth I. Em razão da influência da Igreja, é estabelecido o poder julgador dos senhores feudal. Desaparece o juiz centralizado e estatal, até então existente.

É nessa fase que se põe termo a idéia inicial de comunitarismo e gnose do Cristianismo primitivo, encerrando em celas de mosteiros afastados os clérigos rebeldes ou resistentes á nova ordem.

Diante disso, surge a vinculação ao direito do local do nascimento, aplicando-se o princípio da personalidade das leis. É nesse período, que ressurgem os ordálios, ou seja, as decisões através dos duelos divinos.

2.3.1 Os Tribunais de Corporações e Comerciais

Surgiu, portanto, e até em razão da fragmentação do poder judicante, a pluralidade de ordens jurídicas: Direito Romano vulgar (sul da França, Itália), direito

consuetudinário (Inglaterra), direito dos senhorios, direito das corporações, de mercadores, das cidades e canônico; muitas vezes vigentes sobre o mesmo território e durante a mesma época.

As relações entre pessoas de origens distintas tais como contratos de casamentos, começaram a causar problemas para a aplicação do princípio da personalidade das leis.

Assim, foram criadas normas de interpretação e aplicação para dirimir tais conflitos jurídicos, como por exemplo: em casos de conflito matrimonial, aplicava-se a lei do nascimento do marido; enquanto em se tratando de contratos, aplicava-se a lei do local de nascimento do devedor; no que tange à propriedade, aplicava-se a lei de origem do proprietário; enquanto a lei penal aplicada, era a do nascimento do acusado.

O florescimento do comércio fez surgir uma nova classe que passava ao largo de tais normatizações, ou seja, o comerciante.

Grandes cidades, assentadas na atividade econômica mercantil, buscavam a libertação do julgo clerical e feudal, em especial, as poderosas cidades italianas de Veneza, Florença, Gênova, Amalfi e outras.

Formam-se as corporações de mercadores que obtém sucesso e poder político. Esse fenômeno ocorreu em toda a Europa Ocidental. Aliás, acredita-se que a formação das cidades medievais se deve ao direito mercantil das feiras.

Os estatutos mercantis, em face do poder político adquirido pelas corporações, se confundem com os estatutos da própria cidade.

Estas corporações, conforme Requião (2008) formaram o seu próprio corpo judicante, começando a se cristalizar as decisões jurisprudenciais dos juízes designados pela corporação (cônsules).

Foi, portanto, criado um juízo costumeiro pelos comerciantes, que era aplicado pelo juízo consular, compostos por juízes eleitos pelas assembleias. A partir de então foram formados os tribunais e câmaras do comércio.

Ainda segundo Requião, o sucesso e o acerto daqueles juízes consulares, que aplicavam um direito costumeiro sob a inspiração hermenêutica da equidade que não comerciantes, fugindo do direito arbitrário medieval, passaram a submeter seus conflitos às decisões destes juízes.

Todas as cidades livres, não submetidas aos senhores feudais, tiveram que se valer dos tribunais e juízes das corporações. Era um direito cosmopolita, em face da fragilidade das fronteiras em relação à mercancia.

Os tribunais do comércio não reconheciam o princípio da personalidade das leis, pois aplicavam o direito local ou, quando muito, do local onde foi realizado o negócio. Impunha-se, assim, muitas vezes, ao cidadão a renúncia ao seu direito de origem. Para nós, esta foi a base do direito internacional moderno.

2.4 O Juiz em Hobbes - o embrião do Estado Moderno

Historicamente, o surgimento de cidades autônomas que precisavam escapar dos senhores feudais, foi fundamental para que o processo de fortalecimento do poder soberano se desenvolvesse.

No feudalismo, o poder do soberano foi enfraquecido; todavia, o Estado moderno passa pelo fortalecimento do poder central, é o que fica claro na obra “O Leviatã” de Hobbes (2000), defensor do poder absoluto do rei.

Conquanto o Estado moderno não admita o totalitarismo posto naquela obra, o fortalecimento do Poder Central em detrimento de forças autônomas tem sua origem nesse pensamento.

Thomas Hobbes, em sua obra, defendeu o absolutismo e o direito divino do soberano. Para ele, a lei advém da autoridade e não da verdade, e que o súdito deve obediência absoluta ao rei e aos seus éditos, que só poderiam ser interpretados pelo monarca ou por quem este outorgasse tal poder. O conceito de cidadão para ele está vinculado ao conceito de súdito.

O juiz, nada mais é do que um representante do rei. O juiz é um servidor do rei e não do povo, ou seja, é um órgão do monarca e a este deve obediência, devendo fazer valer a sua vontade, pouco importando a proteção do cidadão em face do poder soberano. Ainda não existia o conceito do juiz como garantia da cidadania.

2.5 O Juiz a partir da Magna Carta

Segundo Galuppo (2002), a ideia de igualdade vem disseminada pelo Cristianismo e com a sua propagação e fortalecimento, começa a influir nos corpos jurídicos.

Afirma ainda, que o direito se impõe como uma prescrição e não como descrição, surgindo a partir daí uma nova mentalidade.

Vários autores entendem que a tradição jurídica ocidental nasceu, realmente, na idade média.

Instados por questões sociais, em 1215 foi lavrada e assinada a Magna Carta, que não se tratava de uma lei ou constituição, mas de um acordo que estabelecia limites ao poder do rei, assegurando garantias aos barões.

O rei João, embora a tenha assinado, requereu a sua anulação, logo depois, que foi concedida pelo papa. Em face disso, enfrentou uma guerra civil e este documento foi confirmado pelos seus sucessores em 1216, 1217 e 1225, quando passou a ser chamada, definitivamente de Magna Carta (The Great Charter).

No seu conteúdo havia referência expressa as funções e formas de atuação da magistratura³, buscando desvinculá-la do serviço real, posto que os magistrados eram membros da corte. Daí e expressão inadequada de se dirigir aos tribunais como corte.

Dentre as várias limitações constava a de natureza judiciária; tal como: limitar o poder dos juízes régios, também conhecidos como juízes de fora, por não pertencerem aos condados.

Os juízes de fora, traziam o equilíbrio da equidistância entre as partes, assegurando a imparcialidade, contudo, buscava-se, como foi dito acima, diminuir a vinculação quanto aos membros da corte nas decisões judiciais.

A Magna Carta, por isso, é de suma importância para o desenvolvimento futuro da independência e divisão dos poderes.

³ “os litígios ordinários perante os tribunais não seguirão a Corte real por toda a parte, senão que se celebrarão num local determinado”. [...] Só poderão efetuar-se no tribunal do condado respectivo as atuações sobre desapossamento recente, morte de antepassado e última declaração. Nós mesmos, ou em nossa ausência no estrangeiro, nossa Justiça Maior, enviaremos dois juízes a cada condado quatro vezes ao ano, e ditos juízes, com quatro cavaleiros do condado escolhidos pelo condado mesmo, celebrarão os juízos no tribunal do condado, no dia e no local em que se reúna o tribunal.” [...] “as pessoas que vivam fora dos bosques não estarão forçadas a comparecer perante os juízes régios florestais em virtude de requerimentos gerais” [...]. “Não nomearemos juízes, capitães, corregedores nem bailios senão a homens que conheçam as leis do Reino e tenham o propósito de guardá-las cabalmente” [...]

2.5.1 A Divisão dos Poderes em Locke

John Locke foi um pensador e filósofo inglês, conhecido como sistematizador do empirismo, mas também um eminente teórico político e social.

Em 1690 chegou a público sua obra “Segundo Tratado Sobre o Governo”, no qual discute a organização e os fins da sociedade política e do governo.

Para Locke (2009), a liberdade era a essência da soberania política, razão pela qual defende uma forma de contrato social e, até o direito de insurreição. Segundo o seu entendimento, a soberania política devia ser delegada, por todos os cidadãos, ao parlamento.

Locke trazia ideias liberais e fundava seus conceitos políticas á partir da análise do que seria o “estado de natureza”. Para ele essas forças seriam naturais e emanariam da comunidade.

Com a Revolução de 1688, o parlamento britânico ganhou mais poderes em relação ao poder real, posto que desde a Magna Carta (1215), vieram a ser impostas, cada vez mais, limitações ao poder do soberano.

É Locke quem primeiro fala em repartição de poderes, sendo que no capítulo XII do seu livro “Dos Poderes Legislativo, Executivo e Federativo da Comunidade”, expõe as bases para tanto.

O poder legislativo seria o mais importante, dada a sua outorga pelos cidadãos para o exercício da soberania política.

O poder executivo, por sua vez, teria a função de administrar e aplicar as leis no âmbito interno, incluindo-se a função de dirimir litígios, enquanto o poder federativo estaria afeto à sua aplicação no âmbito externo, fazendo e desfazendo alianças, estabelecendo as bases para a guerra ou para a paz.

Como mencionado, o poder judicante seria um componente a mais do poder executivo, todavia, começava a se delinear a tripartição dos poderes.

2.5.2 O Judiciário em face de Montesquieu

A teoria de repartição de poderes professada por Locke, embora importante para o desenvolvimento de uma teoria mais consistente, carecia de maior elaboração científica.

O poder executivo absorveria o judiciário e, no entendimento daquele empirista, o poder federativo deveria ser exercido pelo mesmo agente que teria atribuições executivas, o que lhe retira qualquer conotação pragmática.

Entretanto, Maquiavel (2001), na obra “O Príncipe” já identificava uma separação de poderes para proteger os mais fracos, todavia, como meio de poupar o rei de interferir em disputas que lhe trouxessem o desagrado de seus súditos, trazendo, à baila, portanto, um argumento que visa preservar muito mais o soberano do que garantir a cidadania.

Rousseau (2001), na obra “Do Contrato Social”, fala de uma magistratura que é a segurança do poder legislativo, “do qual não deve ter nenhuma parcela”, sendo também a garantia de uma boa Constituição. Já naquela época Rousseau advertia para o risco de atribuir ao magistrado a criação do direito, sob o risco de transformá-lo em um tirano.

Charles-Louis de Secondat, ou Charles Montesquieu, também conhecido como Barão de Montesquieu, foi um político e filósofo francês, que exerceu a magistratura entre 1716 e 1719, pois tinha formação jurídica, tendo cursado direito na Universidade de Bordeaux. Provavelmente a sua vivência política e judicante tenha contribuído para que escrevesse a sua principal obra “Do Espírito das Leis”, publicada em 1748.

Na obra o “Espírito das Leis”, Montesquieu (2009) defende a separação dos poderes. Conquanto sua obra tenha sido alvo de críticas, não há que desconsiderá-la, haja vista, como querem outros, que a divisão de poderes atualmente foi abraçada pela maioria das Constituições ocidentais.

Vale destacar, quanto à Montesquieu, que vários cientistas do direito e jurisfilósofos entendem que a teoria da separação dos poderes tem por base a proteção e preservação da liberdade dos indivíduos, visto que o magistrado não seria mais um títere do soberano; assim como um poder legislativo autônomo haveria de garantir uma produção legislativa independente.

Nesta obra, Montesquieu retoma o conceito de separação de poderes iniciado por Locke, mas dando-lhe uma conformação diversa e mais moderna, substituindo o poder federado pelo poder judiciário que será destacado pelo executivo.

Existe, portanto, três poderes: O legislativo que produz as leis, o executivo que as administra e as aplica no plano geral e o judiciário que as aplica ao caso concreto.

Segundo Montesquieu, essa estrutura teria por fim, evitar o abuso de poder, pois, segundo o autor, só o poder pode refrear o próprio poder.

É Montesquieu (2009) quem cristaliza a forma do juiz como “boca da lei”, limitando o seu poder embora o tenha destacado enquanto órgão autônomo: “No governo republicano, é da natureza da constituição os juízes observarem a letra da lei”.

Montesquieu, portanto, se aproximou das idéias liberais, ou seja, do liberalismo, afastando-se da idéia do Estado Absolutista. Entretanto, a repartição de poderes como idealizada por Montesquieu, tendo o Judiciário como um poder autônomo, surge pela primeira vez na Constituição dos Estados Unidos da América.

2.5.3 A Tripartição na Constituição dos Estados Unidos da América

A Constituição dos Estados Unidos da América, fazendo justiça ao pragmatismo do povo estadunidense, aproximou-se da idéia de Montesquieu, consagrando, pela primeira vez, um terceiro poder, ou seja, o Poder Judiciário em equivalência ao poder legislativo e executivo e igual em importância.

O Poder Judiciário dos Estados Unidos da América foi fundamental para a consolidação da democracia naquele país. Estabeleceu-se, portanto, o sistema de tripartição dos poderes, com colaboração e limitações entre eles.

A Constituição americana foi clara ao instituir o Judiciário enquanto poder, conforme estabelecido no artigo III da Seção 1⁴. Na Seção 2, estabeleceu-se a competência jurisdicional do Poder Judiciário, que, pelo que se nota, é bastante aberta⁵.

O controle de constitucionalidade não foi estabelecido na Constituição, em razão do entendimento da superioridade da Constituição sobre as leis, entretanto, tal função foi fixada pelo próprio Judiciário em face do célebre caso “Marbury VS Madison, julgado pela Suprema Corte.

⁴ Consta daquele dispositivo: “O poder judiciário dos Estados Unidos será exercido por uma Suprema Corte e pelos tribunais inferiores...”

⁵ “A competência do poder judiciário se estenderá a todos os casos, de direito e equidade, surgidos sob esta Constituição, sob as leis dos Estados Unidos e os tratados celebrados ou que se celebrarem sob sua autoridade”. Constituição dos Estados Unidos da América.

2.5.4 A Divisão Bipartite de Poderes (Modelo Europeu)

Na Europa continental a separação dos poderes se deu no contraponto entre legislativo e executivo. O judiciário, ainda que dotado de independência em seus julgamentos, compõe o poder executivo.

Na França, em sua Constituição, fala-se em autoridade judiciária, com garantia de independência no presidente da república. Não há, pois, que se falar em poder judiciário e nem os magistrados recebem competência para interferir em questões relativas ao poder político, assim como na Itália.

Em Portugal não se fala em poderes autônomos, mas em órgãos soberanos. Entretanto, o surgimento das Cortes Constitucionais na Europa Ocidental, independentemente da denominação que se dê à repartição dos poderes, tem reforçado a função judiciária enquanto poder e fazendo surgir um quarto controlador dos demais, em especial na Itália, França, Portugal, Espanha e Bélgica.

O que se vê é uma repartição fundada muito mais em um princípio organizatório como diz Moreira (2009), do que em um esquema constitucional rígido.

2.6 A Evolução Conceitual do Judiciário no Brasil

O direito brasileiro, em princípio, não resultou da evolução e conflitos entre os membros da comunidade brasileira.

Com o descobrimento do Brasil, os colonizadores portugueses encontraram aqui, os indígenas, população que se encontrava, em termos técnicos culturais, no período neolítico.

Os colonizadores, em face disso, não titubearam quando concentraram interesses aqui, visto que quase não se direcionaram para as novas terras, nos primeiros anos após o descobrimento, em agir de forma repressora e impositiva, submetendo à sua cultura e leis os povos que aqui habitavam.

A primeira diretiva administrativa normativa foi a divisão do Brasil em capitanias hereditárias, ou seja, um ato cuja natureza é de direito público.

Os donatários deviam impor a lei portuguesa, ou melhor, as ordenações do reino nas capitanias. Com a instituição do governo geral, veio à centralização do poder, pondo fim ao período feudal no Brasil.

2.6.1 A Magistratura no Brasil Colonial

Foi durante a vigência das ordenações Manuelinas, que vigoraram por mais de oitenta anos (1521-1603), que se iniciou a civilização em terras brasileiras, época em que prevaleceu o sistema municipalista, que surgiu o embrião da magistratura nacional.

Os primeiros magistrados foram chamados de juizes ordinários ou juizes da terra e eram escolhidos, por eleições, para um mandato de um ano, entre os homens “bons da localidade”.

Os juizes da terra processavam e julgavam causas sob o rito sumaríssimo ou verbal, para casos cujo valor era de até quatrocentos réis. Julgavam também, as causas de valor até mil réis, mas estas eram reduzidas a termo pelo tabelião.

Por volta de 1696 foram introduzidos os juizes de fora, escolhidos por nomeação e que portavam uma vara branca, distinguindo-se dos juizes da terra que usavam uma vara vermelha, que julgavam as causas cujos valores eram superiores a mil réis.

Nas instâncias inferiores da Justiça estavam os juizes e nas superiores o ouvidor geral e os governadores. As apelações e agravos eram julgados por estas autoridades e o agravo ordinário era apreciado pela Casa de Suplicação em Lisboa.

Posteriormente, foram criados os Tribunais da Relação, depois foi convertido o Tribunal do Rio de Janeiro em Casa de Suplicação pelo Príncipe Regente D. João por alvará, em 10 de maio de 1808, o que trouxe a plenitude judicante ao Judiciário brasileiro.

2.6.2 O Constitucionalismo e o Brasil Reino Unido

As convulsões sociais que ocorreram na Europa no final do século XVIII e início do século XIX exigiam a elaboração de constituições por todo continente. As intenções de tais movimentos eram constitucionais, posto que, buscaram a limitação do poder do Estado em relação ao cidadão, estabelecendo a estrutura do poder político e trazendo segurança jurídica para as relações estatais internas.

Foi durante este período e sob este quadro sócio-político que a corte portuguesa, fugindo da invasão napoleônica, veio para o Brasil em 1808.

Com a chegada a corte portuguesa, as capitanias foram convertidas em províncias de um reino. O Brasil foi elevado á categoria de reino, unido a Portugal; deixando a condição de colônia, subordinada á Portugal.

As câmeras municipais, até então, única unidade política das capitanias, tinham muito poder, mas a partir da vinda da família real e da corte portuguesa, o Brasil passou a um status político superior.

Como dito no item anterior, em face disso o próprio Judiciário ganhou estatura plena, que até então lhe era sonogada, mesmo antes da independência política da nação que só viria em 1822.

Isso tudo ocorreu durante o florescer durante a ebulição do liberalismo e constitucionalismo nascente na Europa.

2.6.3 O Brasil Imperial

Em 1822, como é de conhecimento geral, o Brasil se tornou independente, politicamente de Portugal e em 03 de maio de 1823 foi instalada a Assembléia Constituinte. Ainda em outubro do mesmo ano, a Assembléia Constituinte promulgava a vigência das Ordenações Filipinas e das leis correlatas portuguesas para vigorar no Brasil, inclusive na administração da justiça.

2.6.4 A Divisão de Poderes de Benjamin Constant

Convém, antes de se alongar sobre a estrutura judicial no império, esclarecer sobre a divisão de poderes adotada e a sua fonte de inspiração.

Henri-Benjamin Constant de Rebeque foi um político e pensador francês de origem suíça, adepto do liberalismo, que avançou quanto ao pensamento da repartição dos poderes monárquicos em relação a Locke.

Para Benjamin, a repartição seria assim definida: Legislativo, executivo, Judiciário e um poder neutro ou moderador outorgado ao soberano.

O poder executivo deveria ficar a cargo de um conselho de ministros e ao rei caberia o poder de indicá-los, convocar eleições, dissolver o parlamento e fazer apontamentos judiciais.

A Constituição de 1824 se valeu do pensamento de Constant para estabelecer a estrutura política do Estado brasileiro, todavia, o imperador D. Pedro I

se valeu do poder moderador, não para exercer o equilíbrio entre os outros três poderes, mas para mantê-los sob controle, principalmente o executivo.

No Brasil imperial, diga-se, o executivo ficou sob controle do imperador até 1847, quando, finalmente, foi estabelecido o conselho de ministros.

Quanto ao Judiciário, em face do Poder Moderador, segundo Araújo (2004), o imperador podia suspender juízes (artigo 101, itens 6º, 7º e 8º e artigo 154 da Constituição de 1824), sob a justificativa de conter os abusos do Judiciário, bem como conceder perdão, anistia ou moderar as penas aplicadas sob o argumento da equidade em casos de urgência e sempre que o aconselhasse a humanidade e o bem do Estado.

2.6.5 A Composição da Justiça no Brasil Imperial

Com a promulgação da Constituição de 1824 veio o reconhecimento do Judiciário enquanto poder independente; Composto do Supremo Tribunal de Justiça, Tribunais de Relação nas províncias, de juízes para a aplicação da lei e de jurados para as questões fáticas e de direito e de juizados de paz eleitos em substituição aos juízes da terra.

Declarou ainda, a perpetuidade dos juízes nos respectivos cargos, para assegurar a independência do Judiciário, mas criou a ação popular para os casos de peita e suborno de juízes.

Os processos criminais passaram a ter publicidade; enquanto na justiça cível era obrigatória a conciliação, sob a égide do juiz de paz, antes da propositura da ação judicial.

Era um sistema judicial unificado, embora descentralizado nas províncias, como o é até hoje nos estados membros. Vem daí o nosso federalismo unitário.

A Justiça Militar já existia no Brasil desde 1808, criada por D. João através de o Alvará de 1º de abril.

Em 1828 o Supremo Tribunal de Justiça foi constituído na capital do Império, formado por dezesseis conselheiros que eram os juízes mais antigos dos Tribunais de Relações.

2.6.6 O Judiciário na República

Em 1889, com a proclamação da república, o governo provisório criou o Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário e a Justiça Federal.

Foi outorgado aos estados membros a competência para legislar sobre a função de administrar a justiça, em consonância com o sistema federativo. Entretanto, a Constituição de 1934 retirou dos estados a competência legislativa processual, o que foi mantido em 1937.

Ainda na Constituição de 1934 instituiu-se o quinto constitucional, determinação de composição dos tribunais por 1\5 de membros da advocacia e do ministério público.

2.6.7 O Período pós 1964 até 1988

A Constituição de 1967\69 não trouxe grande mudança estrutural, entretanto os Atos Institucionais, em especial o AI5, dava poderes ao presidente da república, indicado pelo Colégio Eleitoral, para cassar parlamentares e membros do Judiciário, o que manietou o desenvolvimento destes poderes em anos que os direitos individuais e fundamentais foram mitigados.

Em 1977, após fechamento do Congresso Nacional, em razão do substitutivo apresentado pelo Senador Acioly que atendia aos reclames de um Judiciário Democrático, foi promulgada a LOMAN (Lei Orgânica da Magistratura), sem que fossem ouvidos os membros da sociedade civil, magistratura ou advocacia, razão de sua natureza totalitária que não encontra correspondência na atual Constituição, além de ser destituída de legitimidade construtiva, pelas razões já postas⁶. Esses dados foram transmitidos pelo Desembargador Reinaldo Ximenes em um programa de TV transmitido em 20 de dezembro de 2010.

2.6.7.1 O Juiz pós 1988

Não há pretensão, neste subitem de aprofundamento quanto ao juiz moderno, visto que este é o objeto de todo o trabalho.

⁶ Dados conforme o depoimento do Desembargador Reinaldo Ximenes no programa de TV “Via Justiça”.

Esta dissertação se concentra no juiz estadual singular e, em particular, que tem ou teve a sua judicatura no norte de Minas, na primeira década do terceiro milênio.

Entretanto, convém dizer que a Constituição de 1988, deu ao Poder Judiciário e o juiz de primeiro grau uma independência antes inexistente, pois deixou de depender da estrutura do executivo e da intervenção dos chefes políticos para a promoção que, antes se dava por ato do governador do estado.

Diante do juiz monocrático foram postas, além das questões comuns, causas que envolvem direitos fundamentais e individuais antes nunca vistas perante o Judiciário, próprias de um Estado Democrático de Direito.

Em face disso, é imperativo questionar quanto à consciência deste juiz, que também é cidadão, mas que em regra, tem uma formação extremamente positivista, se há influência no trato hermenêutico dos seus julgados, diante da atual Constituição da República.

Torna-se importante frisar que a principal reforma a se fazer no judiciário é de mentalidade e consciência, por isso mesmo, convém questionar quem é este juiz e a sua forma de atuação em face da Constituição em vigor e dos direitos fundamentais por ela estabelecidos.

2.7 Recrutamento e Formação dos Magistrados

2.7.1 Recrutamento e Formação em Alguns Países

O sistema de recrutamento e aperfeiçoamento dos magistrados varia de acordo com cada país e existem fórmulas variadas. Os mais conhecidos são: voto popular, livre nomeação pelo Poder Executivo, livre nomeação pelo Poder Judiciário, nomeação pelo Poder Executivo com propostas por outros Poderes, nomeação pelo Poder Executivo sujeita a aprovação pelo Poder Legislativo, através de escolha de um órgão especial e através de concurso.

O processo de recrutamento, bem como o aperfeiçoamento ou formação do magistrado, sem dúvida ajuda a determinar o perfil do juiz e influi quanto a sua consciência social, política ou ideológica.

Quer com isso, dizer que o processo pode ser limitante ou determinante do grupo social, político ou cultural, que fornecerá membros em maior quantidade para a composição dos quadros do Poder Judiciário.

Para ilustração do quadro acima descrito, foram escolhidos os seguintes países: Alemanha; Itália; Portugal e França, por sua influência no direito pátrio; Estados Unidos e Inglaterra, por representarem o Comon Law e sua aproximação recente com o direito pátrio; Japão e China, representando o grupo asiático e Bélgica, como uma das últimas monarquias estáveis da Europa Ocidental.

2.7.1.1 Alemanha

Segundo Teixeira (1999), o ingresso nos quadros da magistratura alemã pressupõe formação teórica em que consiste em um curso universitário não inferior a sete semestres.

Após a aprovação no exame teórico, terá um estágio prático, remunerado; não inferior a dois anos, no qual, sob orientação, deverá familiarizar-se com a vida forense e os órgãos da administração em geral.

Em seguida será submetido a novo e rigoroso exame de cunho prático, podendo ser aproveitado, se aprovado, como juiz, advogado, promotor ou tabelião.

Se tiver ingressado na magistratura, iniciará nas funções de juiz auxiliar, só podendo funcionar em órgãos colegiados durante o primeiro ano de sua atuação. Este estágio dura de três a cinco anos.

Há que se ressaltar que, na Alemanha, assim como em outros países europeus, o juízo colegiado é a regra.

Terminado o período enquanto juiz auxiliar, ele ingressa definitivamente na carreira, com todas as garantias asseguradas (vitaliciedade e inamovibilidade). As promoções na carreira se dão, tão somente, pelo critério de merecimento.

Os magistrados alemães podem se aperfeiçoar na Academia de Juízes, destinada ao aprimoramento dos julgadores em temas mais complexos, polêmicos ou angustiantes. Os programas da Academia são anuais e duram cerca de uma semana ou dez dias. Os juízes são selecionados de acordo com sua especialização e aptidão, em relação ao conteúdo programático da Academia.

2.7.1.2 Itália

Na Itália o ingresso na carreira se dá por concurso público de provas e títulos, conforme disposição constitucional. Aprovado no concurso, o candidato é nomeado *uditore giudiziario* (auditor judiciário), por decreto do Ministro *di Grazia e Giustizia*.

Ultrapassado um período de dois anos aproximadamente, e após aprovação em novo exame prático, é nomeado para o cargo de *aggiunto giudiziario* (adjunto judiciário), por decreto presidencial.

Depois de três anos neste cargo, é promovido ao de *giudice* (juiz), na qualidade de pretor.

É possível, excepcionalmente, ser admitidos como magistrado de cassação, por indicação do Conselho Superior da Magistratura, professores de direito e advogados com o mínimo de 15 anos de prática profissional, desde que inscritos nos quadros de jurisdição superior. Neste caso os candidatos são submetidos a provas escritas de civil, penal, administrativo e nove exames orais.

Existe uma integração crescente entre o Conselho Superior e as universidades, pela modernização da formação do magistrado e para defender a independência dos juízes da influência do Poder executivo, presente desde o regime fascista.

2.7.1.3 Portugal

Em Portugal existe o Centro de Estudos Judiciários que cuida da carreira Judicial e do Ministério Público, em funcionamento desde 1979.

Exige-se um estágio para formação do magistrado, antecedido por uma seleção de ingresso, prestada pelos candidatos. Os aprovados são chamados “auditores de justiça”, recebem um salário de 80% equivalente ao inicial da carreira. Frequentam o curso de formação em grupos de vinte alunos.

O curso se divide em quatro etapas: Dez meses em atividades teóricas e práticas, com aulas diárias e exames periódicos; dez meses de período de iniciação nos tribunais, com avaliações realizadas por magistrados designados; seis meses de período de pré-afetação nos tribunais, já como juízes e três meses de formação complementar no Centro de Estudos Judiciários.

Depois de concluído o estágio de formação, os juízes são designados para responder por uma Comarca.

O Centro de Estudos Judiciários também realiza cursos de formação permanente para os magistrados vitalícios.

2.7.1.4 Inglaterra

Na Inglaterra não existe uma escola judicial ou centro de estudos. Os candidatos são nomeados pelo *Lord Chancellor*, recrutados da classe dos advogados.

Ocorrem cerca de 1.800 nomeações por ano. Os juízes devem residir na localidade para a qual foram indicados. Podem concorrer os ingleses natos e naturalizados, bem como estrangeiros, desde que maiores de 21 anos.

Existem “Comitês de Conselheiros” locais que selecionam os candidatos através de entrevistas divididas em duas fases. Depois, os candidatos aprovados são submetidos, a uma apreciação pelo *Lord Chancellor*, com fins de nomeação.

A primeira entrevista tem a finalidade de colher informações sobre os candidatos. Uma vez selecionados, na segunda entrevista, são submetidos a questões éticas e jurídicas (hipotéticas), que devem solucionar.

Embora a magistratura inglesa esteja mais aberta, continua sendo composta, em sua maioria, por membros da elite, visto que não tem previsão de remuneração para esta atividade, o que afasta candidatos de baixa renda.

2.7.1.5 Estados Unidos da América

Existem três sistemas de recrutamento nos Estados Unidos: por nomeação, por eleição e misto.

Todos os juízes e membros das cortes federais são nomeados pelo presidente da república, assim como os juízes singulares e os magistrados dos tribunais estaduais de quinze estados, são nomeados pelos respectivos governadores, sem que haja concurso público.

São recrutados por eleição os juízes singulares e membros dos tribunais estaduais em dezessete estados, com mandatos que variam entre quatro a seis anos, também não se submetendo a concurso público.

No sistema misto existem aqueles estados, como a Califórnia, em que os candidatos nomeados precisam se submeter à chancela do voto popular.

Outro sistema em uso é aquele em que um comitê de juízes, advogados e membros da comunidade examina os candidatos e recomenda três ao Executivo que escolhe um deles.

2.7.1.6 França

Na França, a Escola Nacional de Magistratura, órgão subordinado ao Ministério da Justiça, oferece cerca de duzentas vagas para ingresso, por ano.

Os aprovados fazem um curso de dois anos, sendo matriculados e nomeados auditores judiciais. Cursam disciplinas teóricas e fazem estágios em tribunais, auxiliando juízes. São acompanhados em toda a formação por professores juízes. Ao final do curso são nomeados juízes.

2.7.1.7 Japão

No Japão, existe junto a Corte Suprema, o Instituto de Práticas Legais, destinado a orientação, formação e aprimoramento dos magistrados e advogados.

Somente aqueles que frequentaram o Instituto e foram aprovados no curso, poderão exercer atividade forense. O índice de aprovação é de cerca de apenas 3% dos que fazem o curso.

2.7.1.8 China

Os juízes chineses não se submetem a nenhum concurso público; em regra, são indicados pelo órgão administrativo local do Congresso Nacional do Povo (órgão máximo da República Popular da China). Após o seu ingresso são submetidos a treinamento contínuo no “Centro Chinês de Ensino para Juízes”, via convênio estabelecido entre a Suprema Corte Popular e a Comissão de Educação Estatal.

2.7.1.9 Bélgica

A magistratura belga é de carreira e o juiz deve ser bacharel ou doutor em direito. Os magistrados são nomeados pelo rei, após investidura pelo Ministro da

Justiça. Ao rei também cabe a escolha dos presidentes e vice-presidentes dos tribunais inferiores e da Corte de Apelação.

O juiz, após quatro anos de exercício é nomeado para o Ministério Público ou para a função de Juiz Suplente. Em mais três anos é nomeado juiz titular.

O sistema belga recebe inúmeras críticas sob a alegação de que os candidatos são escolhidos, apenas entre membros da burguesia, e que os critérios de nomeação são políticos.

2.7.2 Exposição Quanto ao Recrutamento

A forma de recrutamento dos juízes, como é óbvio, se relaciona de forma direta à organização do Estado a que pertencem, bem como a sua cultura e sistema político.

Naturalmente, onde os juízes são eleitos, tende a magistratura ter uma ação mais ativista e política, assim como os nomeados pelo Executivo, mas de forma menos ideológica.

Assim, por exemplo, nos países do Common Law, os juízes tendem a uma função mais ativa e construtivista, enquanto os do Civil Law costumam ser mais tecnicistas e muitas vezes, acusados de um déficit de legitimidade.

Os magistrados que são escolhidos dentre os membros do povo, trazem uma formação ideológico-popular, enquanto os que ingressam por concurso, tem uma formação mais técnica com base no sistema jurídico em que foram formados.

2.7.3 O Sistema de Recrutamento no Brasil e a Formação do Magistrado Brasileiro

No Brasil, em face da Constituição de 1988, é o próprio Poder Judiciário o responsável pelo recrutamento e seleção dos juízes. Cada tribunal, em seu âmbito, tem competência para recrutar e selecionar magistrados.

Como já dito, este trabalho se limita aos juízes estaduais de direito de Minas Gerais, especificamente os do Norte de Minas, mas o seu recrutamento não se diferencia, é claro, dos demais magistrados brasileiros.

Convém ressaltar ainda que 56% dos juízes no Brasil são de advindos de família pobre.

2.7.3.1 O Processo de Ingresso na Carreira

Os juízes de direito são recrutados e selecionados mediante concurso público de provas e títulos, realizado pelo Poder Judiciário, especificamente em Minas Gerais, pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais e pela Escola Judicial “Desembargador Edésio Fernandes”, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil, conforme dispõe o artigo 93, I da Constituição da República Federativa do Brasil.

O concurso é realizado por uma comissão integrada por magistrados, em regra desembargadores e um advogado indicado pela Ordem dos Advogados do Brasil.

Os candidatos, com grau mínimo de bacharel em direito e com exercício mínimo de três anos em uma das carreiras jurídicas, se submetem a provas escritas e orais. Depois são submetidos á entrevista pessoal pelos membros da banca.

Finalmente, os aprovados são submetidos a exames médicos e finalmente nomeados juízes substitutos.

2.7.3.2 O Período na Escola Judicial

Em seguida os nomeados passam por um período variado entre quatro a seis meses na escola judicial, oportunidade em que tem aulas teóricas e práticas, fazendo um período de estágio junto a juízes da capital.

Durante todo este tempo são acompanhados pelos professores da Escola Judicial e pelo corpo de psicólogos do Tribunal de Justiça. Terminada esta fase, serão designados para atribuições judicantes, como substitutos, cooperadores ou nos juizados especiais.

2.7.3.3 O Vitaliciamento

O juiz substituto, nos próximos três anos, é acompanhado no exercício de suas atividades pela Escola Judicial. Durante esta fase é instaurado o processo de vitaliciamento, que culmina com a proposição de se tornar juiz vitalício ou não; ao final dos três anos de estágio probatório.

2.7.3.4 O Quinto Constitucional

Outra forma de acesso aos tribunais, no que se refere ao colegiado de segundo grau, é reservada aos membros do Ministério Público e Advocacia, que compõe um quinto dos órgãos superiores da magistratura, em face do que preceitua o artigo 94 da Constituição da República.

As entidades a que pertencem os candidatos constituem uma lista sêxtupla que encaminham ao tribunal em questão. Este, por sua vez, escolhe três candidatos (lista tríplice) e a encaminha ao chefe do Poder Executivo que nomeará um dos três indicados.

Todavia, a questão do quinto constitucional não é afeta a este trabalho, visto que se destina a apuração da atuação do juiz de primeiro grau. Sua menção aqui se restringe à fidelidade quanto às formas de recrutamento do Judiciário Nacional.

2.7.3.5 Requisitos do Candidato

Exige-se dos candidatos, como já foi dito, que sejam, pelo menos, bacharéis em direito, com idade máxima de 65 anos e que tenha exercido uma das profissões próprias dos operadores em direito por três anos, ou, se tiver exercido mais de uma, que a soma destas seja igual ou superior ao período antes mencionado.

Alguns estados membros realizam exames psicotécnicos e em Minas Gerais faz-se o acompanhamento psicológico para acompanhamento do candidato durante o curso na Escola Judicial, entretanto, não existe nenhum método científico conhecido ou aplicado para definir o perfil psicológico do candidato ao cargo de juiz de direito.

Na verdade, e aí entra a relevância deste trabalho, o Brasil não tem um perfil institucional do seu juiz e, menos ainda, este estado, posto que o pluralismo é um valor acolhido pela nossa Constituição.

A fixação de um perfil determinado poderia implicar numa metodologia de exclusão de parcelas significativas da sociedade brasileira.

2.7.3.6 Critério de Avaliação

O concurso público prioriza a apreciação do conhecimento técnico e pretende avaliar a cultura jurídica do candidato. Enfatiza-se o acervo de conhecimentos de erudição, em detrimento de aspectos éticos ou vocacionais.

Em face disso, diante de um Estado Democrático de Direito e do pluralismo valorado pela Constituição Brasileira, é de se questionar se tal forma de avaliação do candidato a magistrado seria suficiente para garantir ao cidadão um juiz que corresponda às expectativas postas enquanto valores a serem protegidos na Constituição da República Federativa do Brasil, ou, seja, dos direitos atinentes à cidadania ali postos.

Há que se buscar um componente que possa reduzir esse déficit na forma de recrutamento dos magistrados de primeiro grau.

2.8 O Poder Judiciário no Brasil e em Minas Gerais

Analisaremos agora a composição do Poder Judiciário no Brasil e em Minas Gerais, com exceção da Justiça Trabalhista e Militar, por não ter qualquer influência nas questões atinentes a este trabalho, ainda que de forma indireta.

O Conselho Nacional de Justiça, embora órgão do Poder Judiciário, uma vez que não exerce influência nas questões decididas pelos tribunais inferiores, não foi incluído entre os órgãos descritos abaixo.

2.8.1 O Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula do Poder Judiciário Nacional. É composto por onze ministros nomeados pelo presidente da república e aprovados pelo Senado Federal. É o guardião da Constituição, embora não seja uma corte constitucional nos moldes da Europa.

Uma das maiores modificações deste século foi à introdução da sumula vinculante que pode ser emitida pelo Supremo Tribunal Federal, vinculando os tribunais inferiores e juízes.

Tem a sua competência definida no artigo 102 da Constituição da República.

2.8.2 O Superior Tribunal de Justiça

Compõe-se de trinta e três ministros nomeados pelo presidente da república e aprovados pelo Senado Federal.

Sua composição é assim distribuída: 1\3 composto por juízes dos tribunais regionais federais, 1\3 composto por desembargadores dos tribunais estaduais e 1\3 composto por membros da Ordem dos Advogados do Brasil, membros do Ministério Público Federal, Estadual, distrito federal e territórios de forma alternada.

Sua principal função é garantir a integridade do direito federal e da sua interpretação.

Sua competência está definida no artigo 105 da Constituição da República.

2.8.3 Os Tribunais Regionais Federais

Os Tribunais Regionais Federais são a segunda instância da Justiça Federal, cabendo-lhe o processamento e julgamento de recursos oriundos da primeira instância.

Compõe-se de quatro quintos de juízes de carreira promovidos, alternadamente, por merecimento e antiguidade e um quinto de membros da advocacia e do Ministério Público Federal com mais de dez anos de carreira.

Sua competência está prevista no artigo 108 da Constituição da República.

2.8.4 Juízes Federais

Os juízes federais compõem a primeira entrância da Justiça Federal e o ingresso na carreira se dá mediante concurso público de provas e títulos.

A primeira instância da Justiça Federal é dividida em seções e estas em varas, sob a titularidade, cada uma, de um juiz.

Tem competência para julgar as causas em que forem parte ou interessadas a União, Autarquias e Empresas Públicas Federais, exceto as ações que forem de competência da Justiça Eleitoral e do Trabalho, bem como as de falência.

Sua competência está prevista no artigo 109 da Constituição Federal.

2.8.5 Tribunal Superior Eleitoral

É a instância máxima da Justiça Eleitoral e é composto por sete membros; três membros eleitos, em eleição secreta, dentre os ministros do Supremo Tribunal Federal e dois do Superior Tribunal de Justiça; e dois advogados, dentre os de notório saber jurídico, nomeados pelo presidente da república.

2.8.6 Tribunais Regionais Eleitoral

Existe um Tribunal Regional Eleitoral em cada estado e no Distrito Federal, sendo que a sua composição é de dois desembargadores do Tribunal de Justiça, mediante eleição; um juiz do tribunal regional federal ou um juiz federal, escolhido pelo tribunal regional em questão e por nomeação pelo presidente da república de dois advogados de notável saber jurídico.

2.8.7 Juízes eleitorais

Esta função é exercida pelos juízes de direito estaduais, sendo que onde houver mais de uma vara haverá rodízio, se não houver qualquer impedimento de um dos juízes, após um mandato de dois anos.

As unidades geofísicas da Justiça Eleitoral, em primeiro grau de jurisdição, recebem a designação de zonas eleitorais.

Sua competência é o processamento administrativo e judicial das questões atinentes ao direito eleitoral.

2.8.8 Tribunais de Justiça

Os tribunais de justiça são órgãos de segunda instância do Poder Judiciário Estadual e são de criação obrigatória em todos os estados e no Distrito Federal.

Tem competência para processar e julgar os recursos dos juízes de primeiro grau, bem como processar e julgar o governador do estado, prefeitos, juízes de seu tribunal etc., em crimes cometidos por estas autoridades.

2.8.9 Juízes Estaduais

Os juízes estaduais são a primeira instância da Justiça Estadual, ocupando as comarcas e varas dos estados, onde exercem a jurisdição.

Sua competência constitucional é residual, ou seja, abrangem questões civis, mercantis, falimentares, familiares, registros públicos, sucessões, infância e juventude, criminal, etc.

É a sua amplitude de competência e a proximidade de tais assuntos com o cotidiano dos nacionais que faz dirigir este trabalho para este segmento do Poder Judiciário.

2.8.10 O Poder Judiciário em Minas Gerais.

O Poder Judiciário do Estado de Minas se divide em Tribunal de Justiça, composto por 145 desembargadores e juízes de direito, em um montante de 1645.

Os Juízes estão lotados em Comarcas que somam o número de 296 e 829 varas, além dos juizados especiais e turmas recursais.

As Comarcas, para efeito da carreira, são divididas em Comarcas de primeira entrância (um juiz), de segunda entrância (dois juízes ou mais e número inferior a 45 mil habitantes), entrância especial (comarcas com mais de dois juízes e número superior a 45 mil habitantes).

Ressalta-se que, Comarca, nos dizeres de Rosemiro Pereira Leal, é a unidade geofísica que delimita o campo de atuação jurisdicional dos juízos, ainda que haja competência diferenciada, enquanto Vara, é a repartição da competência dos juízos, como subdivisão da especialização jurisdicional.

Em síntese, pode ser dito que o Poder Judiciário de Minas Gerais, em primeira instância, é composto por juízes que exercem a judicatura em Comarcas de primeira e segunda entrância; entrância especial; juizados especiais e turmas recursais.

Todo este micro universo é encontrado na região norte do estado, cuja pluralidade é imensa, razão do direcionamento deste estudo.

2.9 A Estrutura do Judiciário no Norte de Minas.

O Poder Judiciário no norte de Minas conta com um total de quarenta e nove cargos de juízes, nem todos ocupados atualmente. Encontram-se assim divididos: Comarcas de Primeira Entrância: Coração de Jesus (1), Espinosa (1), Francisco Sá (1), Grão Mogol (1), Montalvânia (1), Monte Azul (1), Porteirinha (1), Rio Pardo de Minas (1), São João da Ponte (1), São João do Paraíso (1), São Romão (1) e Taiobeiras (1). Total: 12 cargos de juízes.

Comarcas de Segunda Entrância: Bocaiuva: (3), Brasília de Minas (2), Janaúba (3), Januária (3), Manga (2), Pirapora (3), Salinas (2) e São Francisco (2). Total: 20 cargos de Juízes.

Comarca de Entrância Especial: Montes Claros: 5 cargos de juízes cíveis, 2 cargos de juízes de família, 2 cargos de juízes de fazenda, 2 cargos de juiz criminal, 1 cargo de vara de crimes contra a vida e execução penal, 1 cargo de juiz da infância e juventude, 2 cargos de juizado especial e 2 cargos de juízes auxiliares. Total: 17 cargos de juízes.

Em síntese, a região conta com um total de quarenta e nove cargos de juízes.

A Comarca de Montes Claros conta com duas Turmas Recursais do Juizado Especial, com três titulares cada e suplentes, sendo que a função é cumulada pelos juízes de direito da comarca. Um dos titulares de cada turma exerce a presidência.

Existem, ainda, quatro zonas eleitorais pelas quais respondem os juízes de direito da comarca em sistema de rodízio a cada dois anos.

Os cargos acima foram criados, assim como os demais, pela Lei de Organização Judiciária, cujo projeto é de iniciativa do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Apenas em Montes Claros, existem quatro cursos de direito ativos, sendo o mais antigo o da UNIMONTES – Universidade Estadual de Montes Claros. Existe, ainda, em Janaúba, o curso de Direito da FAVAG- Faculdade Vale do Gortuba.

Em face disso, a maioria dos juízes em atividade são oriundos da região norte do Estado, embora existam juízes naturais de outras regiões do estado e até mesmo de outros Estados da federação.

A região norte do estado é marcada pela pluralidade cultural, além de haver grandes diferenças entre as classes sociais, o que, em face da estrutura Judiciária acima, nos dá um micro universo rico para o trabalho relativo à atuação do juiz de

primeiro grau em defesa dos direitos fundamentais, em particular, o da dignidade da pessoa humana e a jurisdição enquanto direito fundamental; questões estas que serão desenvolvidas nos capítulos posteriores.

3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 Considerações Iniciais

Neste capítulo pretende-se fazer uma análise sobre os direitos fundamentais, passando por sua evolução histórica; conceituação em face de alguns autores; sua classificação, expondo as mais importantes da atualidade; suas características; diferença entre direitos fundamentais e direitos humanos; o princípio da dignidade humana e sua relação com os direitos fundamentais; a dignidade humana enquanto direito fundamental; a jurisdição enquanto direito fundamental e o devido processo legal e ampla defesa sobre a ótica dos direitos fundamentais.

3.2 Evolução Histórica

Nos itens subsequentes, não se pretende fazer exposição exaustiva da história dos direitos fundamentais, mas apresentar a sequência do seu desenvolvimento a fim de proporcionar adequada conceituação.

3.2.1 A Pré-História dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais não existiam entre os povos antigos, o que pode ser observado no primeiro Capítulo. Entretanto, não se pode olvidar que as concepções religiosas e filosóficas desenvolvidas por aqueles povos, ofereceram conceitos-chaves que vieram a se tornar a doutrina dos direitos fundamentais.

A democracia ateniense já postulava o ideal filosófico de igualdade que seria posteriormente, um dos principais direitos fundamentais em evidência. Como foi dito por Sarlet (2009), a democracia ateniense fundava-se na crença de um modelo político que se assentava sobre a idéia do homem livre e dotado de individualidade.

A concepção judaico-cristã, de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus, encontra eco na visão jusnaturalista de que o homem, somente por existir, é titular de direitos naturais e inalienáveis.

A tese da igualdade de todos os homens e da unidade da humanidade tem raiz na doutrina mosaica e cristã.

Alexy (2008), afirma que tais princípios já se encontravam no Gênesis 1.27⁷ e, no Novo Testamento, na epístola aos Gálatas 3.28⁸ e que, portanto, não é uma descoberta do século XX.

Aristóteles acreditava que o direito de estar em juízo, bem como participar da vida administrativa, era o que caracterizava a cidadania.

Segundo Galuppo (2002), apenas quem participava da vida política mereceria a designação de Homem.

3.2.2 A Idade Média

A Idade Média foi de grandes mudanças, como já foi dito, sob a ótica jurídica, visto que o ideal cristão elevava a ideia de igualdade entre todos os homens, não pela sua participação na vida política ou social, mas pela sua condição humana, engendrado semelhante a Deus.

A visão de Santo Agostinho de que o cristianismo é a tentativa de resgate do homem por Deus, colocou o ser humano diante de novo patamar, ou seja, uma valoração pela razão única de sua humanidade.

São Tomás de Aquino, por sua vez, além de professar a igualdade entre os homens ante Deus, professava a existência de dois tipos de lei: a natural e a positiva.

A lei natural é a expressão da natureza racional do homem, razão de ser da sua distinção no universo, motivo pelo qual não poderia ser violada pela lei positiva. A sua desconsideração pelo direito positivo, ensejaria em casos extremos, o direito de resistência contra o soberano.

Ainda que São Tomás tivesse uma ideia hierarquizada do Universo, o que incluía o ser humano, sem embargo, a ideia acima exposta foi crucial para o desenvolvimento das teorias modernas sobre os direitos fundamentais.

⁷ Gênesis 1.27: E criou Deus o homem à sua imagem; à imagem de Deus o criou; macho e fêmea os criou.

⁸ Gálatas 3.28: Nisto não há judeu nem grego; não há servo nem livre; não há macho nem fêmea; porque todos vós sois um em Jesus Cristo.

3.2.3 A Idade Moderna – Séculos XVI e XVII

Embora seja significativo o entendimento de que Hobbes é o pai do Estado Moderno e como já foi mencionado, não será comentada a obra em questão.

Entretanto, é importante dizer que Hobbes reconhecia ao homem alguns direitos naturais, embora só no estado da natureza, estando estes, em quaisquer outras circunstâncias à disposição do soberano.

Importa dizer que, a tese de Nicolau Copérnico foi comprovada posteriormente por Galileu Galilei após a invenção do telescópio de que a terra não era o centro do Universo, pondo fim ao geocentrismo de Ptolomeu, bem como o descobrimento do novo mundo, e que, portanto, o planeta é redondo, promovendo assim, uma revolução no modo de pensar até então reinante.

Além disso, René Descartes, com sua máxima, “penso logo existo”, fixa no indivíduo a base do racionalismo, abrindo as portas para o individualismo e mais tarde para o Estado Liberal, razão da utilização da obra “Discurso do Método, Meditações Metafísicas”.

Para muitos, como Cruz, o “Discurso do Método” é o texto inaugural da filosofia moderna, enquanto “Meditações Metafísicas” constituem uma exposição do pensamento cartesiano na sua marcha metódica de estabelecimento de verdades.

A questão é que, junto com a reforma protestante, a fixação do racionalismo no indivíduo e a possibilidade de um relacionamento religioso sem intermediários, proporcionaram a semente do que viria a ser o Estado Liberal, modificando a visão antes estatal ou subalterna do ser para um conceito de cidadania, que se liga ao homem como titular de direitos.

No século XVII, o pensamento de Descartes, firmando o ponto de partida do saber na certeza de sua própria existência, faz surgir o individualismo, tendo em vista o sujeito como razão da construção do mundo e da realidade.

A concepção de que o Estado existe em razão do homem, em substituição da ordem inversa (O ser humano em função do Estado), núcleo principiológico dos direitos fundamentais, tem o seu embrião no pensamento cartesiano.

Milton, segundo Sarlet (2009), por sua vez, ainda no século XVII, pugnou pelo direito de autodeterminação do homem, de tolerância religiosa, da liberdade de manifestação oral e a liberdade de imprensa.

Locke Sarlet (2009) também já citado neste trabalho, reconhecia aos homens direitos naturais e inalienáveis, tais como: a vida, liberdade, propriedade e resistência; sendo que este último era reservado apenas aqueles a quem se conferia a cidadania.

Alguns diplomas da época são de relevante importância para os direitos fundamentais, tais como: a *Petition of Rights* de 1628, *Habeas Corpus Act* de 1679 e o *Bill of Rights* promulgado em 1689, como resultado da Revolução Gloriosa.

A teoria contratualista desenvolvida no século XVII, firmada na ideia de autodeterminação do homem para organizar o Estado racionalmente, estabelecendo a origem da autoridade na própria sociedade, foi de suma importância para o desenvolvimento do iluminismo e jusnaturalismo, engendradores do constitucionalismo que viria a florescer no final do século XVIII e início do século XIX.

3.2.4 A Idade Moderna – Século XVIII

O século XVIII é marcado por alguns pensadores tais como: Rousseau, Kant e Montesquieu.

Rousseau, na obra “Do Contrato Social”, fala de uma magistratura que é a segurança do poder legislativo, “do qual não deve ter nenhuma parcela”, sendo também a garantia de uma boa Constituição.

O Estado idealizado por Rousseau, criado pela livre determinação do homem, entregando ao órgão estatal parte de sua liberdade individual para lhe assegurar a sua tutela, deve, através do equilíbrio entre estes dois órgãos, assegurar ao cidadão aquelas garantias que justificam o “contrato social”. Para Rousseau a tirania se caracteriza pela falta de legitimidade dos atos da autoridade.

Para Kant, o imperativo categórico, ou seja, aquilo que é reconhecido universalmente como direito de todos deve ser buscado e é nisso que reside a sua legitimação.

Em sua obra “Introdução ao Estudo do Direito, Doutrina do Direito”, Kant afirma que a doutrina do direito é a soma daquelas leis para as quais é possível uma legislação externa (Direito Positivo).

Kant entendia que o direito é o somatório de todas as condições sob as quais a escolha de um pode ser agregada à escolha de outrem, em conformidade com

uma Lei universal de liberdade. Esta concepção posta em sua obra “Introdução ao Estudo do Direito”, desenvolve-se, como é óbvio, a partir de sua teoria do imperativo categórico.

É possível dizer que, para Kant, apenas o direito positivo é direito e apenas aquela norma que se enquadre na universalidade da lei de liberdade deve ser considerada uma norma jurídica detentora de legitimidade.

Para Kant, inspirado em Rousseau, a liberdade jurídica do homem consiste na faculdade de obedecer somente as leis às quais deu seu livre consentimento, não se obrigando, por conseguinte, a normas outras que não conferiu a legitimidade de seu consentimento.

Montesquieu, com sua tripartição dos poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário; como forma de refreamento, contribuiu de forma decisiva para uma teoria que garantisse o cidadão quanto aos abusos do Poder Público.

Embora os antecedentes como a Magna Carta que assegura o habeas corpus e outros direitos clássicos como o de propriedade, bem como outros documentos existentes à época e os demais diplomas e atos do século XVIII, foram as Revoluções Americana e Francesa, com a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia de 1776 e a Declaração Francesa de 1789, seguidas pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, quem deu marco a positivação dos direitos fundamentais na Idade Moderna.

Convém lembrar que, o grande marco das garantias fundamentais e o controle de constitucionalidade têm o seu berço no constitucionalismo americano, especificamente no caso “Marbury x Madison”, e não no direito europeu.

3.2.5 O Positivismo

Kelsen (Teoria Pura do Direito), apoiado em Kant, defende uma teoria pura do direito, alegando que uma norma é legitimada por outra maior, independente do seu conteúdo e justiça. Não é por qualquer outra razão que ele entendia legítimo o Nazismo na Alemanha, embora pessoalmente, não lhe devotasse qualquer simpatia, sofrendo inclusive, perseguição por isso.

É que no positivismo todo o direito se reduz ao direito positivo e para os positivistas, direito positivo passa a ser considerado sinônimo de direito, para eles o

direito positivo é o próprio direito, ainda que normas não escritas possam ser aplicadas, desde que autorizadas por uma norma escrita.

Vale dizer que, é uma concepção do direito que nasce quando o direito positivo e o direito natural não são mais considerados da mesma forma, enquanto o direito positivo passa a ser o próprio direito. É o que se vê na obra “O Direito Positivo” de Norberto Bobbio.

Norberto Bobbio, por sua vez, defende o direito como uma prática discursiva (Teoria da Norma Jurídica) e valoriza o aspecto sancionador da norma jurídica, por outro lado, entende que a compreensão do imperativo normativo só se dá em face de uma análise sistêmica, pois o direito deve ser analisado como um sistema ordenado e não enquanto norma isolada (Teoria do Ordenamento Jurídico).

Apesar das críticas, o positivismo ganhou corpo, mas encontrou dificuldades para se sustentar depois da Segunda Guerra Mundial.

Uma vez que o positivismo não considera regras morais ou um conceito filosófico de justiça como componente do direito, posto que o justo é a disposição normativa legitimada pela norma maior, tornou-se difícil explicar ou aceitar que as atrocidades praticadas pelo regime nazista não encontrasse uma resposta sancionadora na teoria positivista.

É que na Alemanha, os direitos fundamentais vinham em ascendência no século XX, principalmente com a Constituição de Weimar, sendo reduzido a partir do regime nazista (anos trinta), chegando a sua completa desvinculação do poder político em relação aos direitos fundamentais, nos dizeres de Alexy (2008).

Em face disso, a partir da segunda metade do século XX, ganha corpo o pós-positivismo, doutrina que sem desprezar a norma positivada, procura meios eficazes de assegurar os valores contemplados pelo direito.

Além disso, a legitimação da norma sob tal ótica deve encontrar respaldo no consentimento dos próprios destinatários da norma.

Diante da violência perpetrada contra toda a humanidade durante o Regime Nazista e do Fascismo na Itália, os direitos fundamentais ganharam corpo e dimensão em face dos sistemas normativos anteriormente mencionados.

3.2.6 Os Direitos Fundamentais no Brasil Durante o Estado de Segurança

O Estado de Segurança implantado a partir de 1964, principalmente depois da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional de nº 1\69, significaram duro golpe aos direitos fundamentais e as liberdades individuais, inclusive em face das limitações impostas ao Poder Judiciário. Tais limitações se deram não só com base no texto constitucional, mas principalmente fundados nos Atos Institucionais que se seguiram após 1964.

A Justiça Militar passou a ser uma Justiça Política, julgando também, os adversários do regime militar.

Os órgãos judiciais não podiam resguardar os direitos da cidadania em face do Estado de Segurança implantado. Os direitos de cidadania, em especial a liberdade de militância política, foram reprimidos, e a proteção judicial a estes mesmos direitos foram restringidas.

Deve-se dizer que, os próprios membros do Judiciário sentiam sobre si o peso dos atos institucionais; muitos foram afastados, aposentados compulsoriamente ou simplesmente cassados.

A própria LOMAN (Lei de Organização da Magistratura Nacional), enquanto projeto, foi motivo para acionamento do AI-5 e fechamento do Congresso Nacional, posto que o substitutivo do então Senador Acioly atendia, muito mais, os anseios democráticos do que era admissível pelo Estado de Segurança⁹.

O Estado de Segurança durou na verdade, até a Constituição de 1988.

Talvez, diante desta breve exposição, seja mais fácil compreender a força que os Constituintes empreenderam aos direitos fundamentais, individuais, coletivos, sociais e políticos na Constituição e o porquê de se utilizar, muitas vezes, uma linguagem afirmativa e contundente quando estabelece tais direitos e garantias.

3.2.7 Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1988

Com o fim do Estado de Segurança e a promulgação da Constituição de 1988, adota-se o Estado Democrático de Direito. O conteúdo do Estado Democrático

⁹ Segundo depoimento do Desembargador Reinaldo Ximenes, no programa “Via Justiça” de 20\12\2010, ao fechamento foi seguido da justificativa de que era preciso colher sugestões dos membros dos tribunais, entretanto, segundo manifestação do então Procurador da República, não aceitariam sugestões porque o projeto já estava pronto, surgindo um diploma de índole autoritária e ilegítimo que não se coaduna com a atual Constituição.

de Direito é transformador da realidade. O comando normativo passa a ser um meio de intervenções otimizantes da vida em comunidade.

A atuação do Estado passa pela efetiva transformação da realidade, em face dos instrumentos normativos postos para este fim. O seu caráter democrático consiste na participação da comunidade na eterna construção e reconstrução de seus conteúdos, tornando esta, a protagonista das mutações a que está submetida.

Diante desse quadro, não é de se estranhar que os direitos fundamentais estejam em destaque na Constituição e que, dentre eles, o direito de participação na vida jurídica e política esteja em relevo.

Para Habermas, é impossível a concretização dos direitos fundamentais sem democracia. É por isso que o Judiciário, no Estado Democrático de Direito, precisa, segundo Gallupo (2002), de uma teoria Procedimental, em especial, de uma teoria discursiva do direito, exigida para a compreensão do Estado Democrático, sendo possível assim, indicar as condições pragmáticas para a realização dos discursos jurídicos da justificação e aplicação das normas jurídicas.

Somente uma teoria Procedimental do Direito, ou seja, uma teoria pragmática da comunicação humana pode reconstruir adequadamente essa forma de Estado e seu Direito.

Para Habermas (2003) na sua obra *Direito e Democracia*, “o juiz singular tem que conceber sua interpretação construtiva como um empreendimento comum, sustentado pela comunicação pública dos cidadãos”.

No Estado Democrático de Direito, a comunidade é parte ativa na construção e reconstrução constante do Estado e do Direito, e se a interpretação construtiva do juiz singular é, também, um empreendimento comum, de se acolher uma teoria procedimental interpretativa e discursiva que permita esta construção comunitária e comunicativa, conforme se verá adiante.

3.3 As Dimensões ou Gerações dos Direitos Fundamentais.

Durante o curso da história e diante de vários modelos jurídico-estatais, não restam dúvidas de que os direitos fundamentais passaram por diversas modificações e, diante da estrutura dinâmica que se imprime, em especial nas democracias modernas, é natural que nesta esfera mutante, outras modalidades de direitos

fundamentais viessem a surgir, alterando-se a titularidade, eficácia e efetivação de tais direitos.

A doutrina, diante disso, tem separado tais direitos em gerações ou dimensões. Alguns autores falam em cinco ou seis gerações de direitos fundamentais, todavia, a um breve comentário sobre as primeiras quatro dimensões ou gerações, até porque, não atribuímos a esta divisão maior importância.

Entretanto, convém dizer que se atribui a John Rawls, filósofo do direito, professor da Universidade Harvard e autor da obra “A Teoria da Justiça”, publicada em 1971, a criação dos três grandes grupos de direitos: a) primeira geração ou dimensão (civis); b) segunda geração ou dimensão (político); c) terceira geração ou dimensão (social).

Todavia, entende-se que no Brasil surgiram na seguinte ordem: a) direitos políticos; b) direitos sociais; c) direitos civis.

3.3.1 Direitos Fundamentais de Primeira Dimensão ou Geração

Inspirados nas doutrinas jusnaturalistas e iluministas do século XVIII são os primeiros a constar nas constituições: direito a liberdade, incluindo liberdade religiosa, política, civis e o direito a própria vida. São em regra, os direitos individuais e denotam uma conduta negativa do Estado ou não restritiva ou repressora ao indivíduo.

3.3.2 Direitos Fundamentais de Segunda Dimensão ou Geração

São direitos destacados no século XX: direito a igualdade, educação, emprego ou proteção ao trabalho, saúde, etc. São direitos sociais e econômicos e exigem uma conduta positiva do Estado. Sua intervenção se faz importante para assegurar a plenitude de tais direitos.

3.3.3 Direitos Fundamentais de Terceira Dimensão ou Geração

Esta dimensão ou geração teria um cunho mais humanístico, ou de fraternidade; buscando a proteção do meio ambiente, qualidade de vida, progresso e

desenvolvimento sustentável, paz; ou seja, pretende a garantia dos patrimônios comuns a toda a humanidade.

3.3.4 Direitos Fundamentais de Quarta Dimensão ou Geração

A mais recente, a quarta dimensão ou geração dos direitos fundamentais ainda não foi reconhecida por toda a doutrina, em especial a internacional, mas que seria composta pelo direito a democracia (direta), pluralismo, direitos difusos e direito a bioética ou ética da vida.

No Brasil o Professor Paulo Bonavides, seu defensor, que acredita no seu reconhecimento amplo Sarlet (2009).

3.4 Diferenças Entre Direitos Fundamentais e Humanos e Direitos do Homem

Embora exista estreita relação entre os direitos fundamentais e os direitos humanos e direitos do homem, eles não se confundem.

Os direitos humanos têm base mais profunda no direito natural e no jusnaturalismo que atribui ao homem, em face de sua racionalidade, uma posição de destaque que está a lhe garantir direitos inerentes a esta condição humana e que são inalienáveis e irrenunciáveis, todavia foram positivados pelo Direito Internacional.

Estes direitos intrínsecos ao homem têm um caráter supranacional e não estão necessariamente, positivados na Constituição, mas dada a sua internacionalização ou supranacionalização, foram positivados pelo direito internacional, como já dito, ao passo que os direitos do homem são os direitos naturais ainda não positivados.

Já os direitos fundamentais, são aqueles que são assegurados constitucionalmente, conforme se verá na conceituação que se segue. O que importa informar é que o rol dos direitos fundamentais está aquém dos direitos do homem e humanos internacionalmente reconhecidos.

Para Robert (Alexy (2008), tanto os direitos do homem, quanto os direitos fundamentais são dotados de cinco características: a) universalidade; b) fundamentalidade; c) preferencialidade; c) abstração; d) moralidade.

3.5 Conceituação dos Direitos Fundamentais e Diferença entre direitos fundamentais e Garantias Fundamentais.

3.5.1 Conceituação dos Direitos Fundamentais

Não é fácil traçar uma conceituação adequada para direitos fundamentais quando a própria Constituição utiliza termos diversos para direitos de natureza semelhante e vice versa. Entretanto, Alexy (2008), mais uma vez informa que direitos fundamentais são direitos positivos de matriz constitucional.

Para Habermas, os direitos fundamentais são chamados “sistema de direitos” Habrmas (2003) e são um conjunto de princípios jurídicos que garantem a legitimidade de um sistema jurídico estatal contemporâneo, pois possibilitam as condições necessárias de comunicação para o surgimento do direito legitimamente institucionalizado.

Convém citar a conceituação elaborada por Dimoulis e Martins (2009), que entendem tratar-se de direitos público-subjetivo de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram um caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade, limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.

Esses autores sustentam que a fundamentalidade de tais direitos dependem de sua força formal, o que, todavia, não quer dizer que estejam sempre explícitos no texto constitucional.

Tem sentido tal entendimento, visto que os conceitos de direitos fundamentais sempre passam pela sua constitucionalização em face da importância que os valores neles assegurados têm para o grupo social a que se destinam.

Alexy, na obra “Constitucionalismo Discursivo” Alexy (2008), os define como direitos do homem positivados constitucionalmente ou, como prefere, são os direitos do homem institucionalizados constitucionalmente.

Acolhendo estas idéias, concluímos respeitadas conceituações mais complexas e completas, que os direitos fundamentais são um feixe de princípios positivados na Constituição e que formam a sua base constitucional em que se assenta o Estado, em especial o Estado Democrático de Direito que asseguram a participação comunitária e digna do cidadão na esfera pública e privada e dentro dos limites do Estado.

É justamente essa capacidade comunicativa, procedimental necessário, para a legitimação da construção jurídico-estatal no Estado Democrático de Direito, que é a sustentada pelos direitos fundamentais.

Portanto, um valor é erigido ao status de direito fundamental quando ele, historicamente falando, torna-se essencial para a comunidade a que se destina.

3.5.1.1 Diferença entre Direitos Fundamentais e Garantias Fundamentais

Enquanto os direitos fundamentais seriam os direitos do homem e humanos constitucionalmente positivados, base do Estado Democrático de Direito, as garantias fundamentais são os instrumentos estabelecidos na Constituição, a fim de proteger, garantir ou reparar o direito eventualmente ameaçado ou violado. São também chamados constitucionais.

São os seguintes: Habeas corpus, mandado de segurança, direito de resposta, direito à indenização ou reparação, habeas data, mandado de injunção, ação popular e ação civil pública.

3.6 Classificação dos Direitos Fundamentais

Existem classificações várias de direitos fundamentais, sendo que uma delas, como já dito, se apóia no caráter explícito ou implícito do direito em questão em face da Constituição.

Todavia, apesar das críticas, é interessante discorrer tão somente, sobre a classificação ou divisão efetuada por Georg Jellinek.

3.6.1 Direitos de Status Negativo

Denominam-se direitos de status negativos, aqueles que asseguram ao indivíduo o direito de não intervenção do Estado em sua esfera de ação, assegurando-lhe o direito de resistir a essa intervenção.

Trata-se de um direito negativo, porque implica na obrigação negativa do Estado de deixar de fazer algo. São chamados de direito de defesa por causa da pretensão de abstenção da intervenção estatal.

3.6.2 Direitos de Status Positivus

São também chamados de direitos sociais porque tem o objetivo de beneficiar categorias e seguimentos da população, embora não sejam necessariamente coletivos, visto que podem ser individualizados ou individualizáveis.

Podem ter um caráter material, ou seja, ações positivas ou assistencialistas do Estado, ou no oferecimento de serviços públicos de monopólio estatal (segurança pública ou prestação jurisdicional) ou podem também ser prestações normativas (positivas) como as que tutelam interesses individuais.

3.6.3 Direitos de Status Activus

Mais conhecidos como direitos políticos, tratam da possibilidade de participação da vida política, ou seja, na política estatal de forma ativa.

Os direitos mais comuns são o do exercício de escolha de seus representantes via sufrágio ou participação direta em referendos, plebiscitos, atividade partidária e concorrência a cargos públicos eletivos.

Esta classificação é importante porque, basicamente separa os direitos entre aqueles que exigem uma posição ativa do Estado daqueles que exigem uma postura passiva.

3.6.4 Os Direitos a Prestações

Impõe-se dizer, antes que se adiante neste item, que outras classificações existem e que algumas ainda fazem pequenas alterações na classificação apresentada. Todavia, esta é a que mais importa a este trabalho pelo seu conteúdo pragmático.

3.6.4.1 Direito a Prestações no Sentido Amplo e no Sentido Restrito

Os direitos fundamentais podem ser vistos como direitos a prestações, em especial, os direitos de status positivo e activus.

Podem ser divididos ainda, em direito a prestações no sentido amplo e direito a prestações no sentido restrito.

As prestações em sentido amplo englobam o direito de proteção e participação na organização e procedimental. Estão diretamente ligadas às funções do Estado de Direito de matriz liberal, dirigidos principalmente, à proteção da igualdade e a liberdade.

Neste subgrupo se insere, ao nosso, ver o direito à jurisdição (*status activus processualis* e *status positivus*).

Os direitos a prestações no sentido restrito ou estrito, também chamados de direitos de *status positivus socialis*, ou seja, direitos fundamentais sociais, embora no direito constitucional pátrio os direitos fundamentais na Constituição têm *status negativus*, tais como os de greve e de liberdade sindical.

Entretanto os direitos de prestações no sentido restrito ou direitos fundamentais sociais são aquelas prestações estatais destinadas a promover a igualdade social real, buscando a eliminação das desigualdades (exemplo: direitos de cotas nas universidades para determinados seguimentos da sociedade).

3.7 Titulares e Destinatários dos Direitos Fundamentais e Princípio da Universalidade

Não há que se confundirem titulares do direito fundamental com destinatários do direito fundamental.

O titular é aquela pessoa física ou jurídica que figura como sujeito ativo da relação jurídico-subjetiva enquanto o destinatário é a pessoa ou ente de quem se pode exigir o cumprimento da prestação, seja ela positiva ou negativa.

Em face do elenco de direitos fundamentais elencados pelo constituinte, é de se entender que a titularidade só pode ser definida em face do caso concreto, não havendo, todavia, que se confundir com a capacidade prevista no Código Civil, visto que mais ampla, não havendo que se fazer distinção entre a capacidade de fruição da capacidade de exercício de um direito.

Assim, apenas a título de ilustração, alguém que se julgue aviltado em seu direito e pretenda uma resposta do Judiciário, é o titular do direito à Jurisdição, enquanto o Estado é o destinatário do direito em questão; assim como o réu em uma ação, pelo menos é o que pretende o autor, deverá ser o destinatário do comando Judicial no que tange ao respeito, restauração ou promoção do direito do proponente.

3.7.1 Princípio da Universalidade

O princípio da universalidade está intimamente ligado ao princípio da igualdade e diz respeito à titularidade.

Uma vez que todos são iguais perante a Lei, sejam eles nacionais ou estrangeiros, brasileiros natos ou naturalizados, imigrantes ou não, independente da etnia, credo cultural ou religioso, todos podem igualmente ser titulares de direitos fundamentais.

Utilizando o mesmo exemplo acima, qualquer pessoa, corresponda ela ou não a qualquer dos perfis traçados no parágrafo anterior, encontrando-se em território nacional, poderá acionar o Judiciário para exigir a prestação Jurisdicional caso se sinta aviltado em seu direito.

3.8 Colisão entre Direitos Fundamentais

É de suma importância de um item para se tratar da colisão de direitos fundamentais, em se tratando de uma dissertação que enfoca a proteção destes direitos pelo juiz monocrático.

É justificável, em razão disso, que se trate do conflito perante do julgador destes direitos, para o desenvolvimento, posterior, da busca da solução do litígio sob a ótica aqui abordada.

3.8.1 As normas de Direitos Fundamentais

É bastante razoável a classificação de Robert Alexy na obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, de que normas se dividem entre princípios e regras.

Alxy (2008) aponta para os princípios como normas de otimização, ou normas que devem ser integralmente cumpridas *prima facie*. Para ele os princípios devem ser cumpridos no máximo possível, enquanto as regras são normas absolutas que devem ser cumpridas ou não, porque quanto a estas o seu cumprimento determina a sua validade ou não.

Quer com isso dizer, que o não cumprimento de uma regra em relação à outra implica na invalidação da última, exceto se houver cláusula de exceção, enquanto que a não aplicação de um princípio em relação a outro, no caso concreto, não

implica em sua invalidação, mas apenas na sua não aplicação naquele caso concreto.

Surgem as seguintes questões: a) direitos fundamentais são princípios ou normas? b) Em um ou outro caso, o que fazer no caso da colisão entre tais direitos?

3.8.2 A Proposta de Alexy

Segundo Alexy (2008), pode ocorrer colisão entre direitos fundamentais em dois sentidos: colisão em sentido restrito e colisão em sentido amplo.

3.8.2.1 Colisão em Sentido Restrito

Pode se tratar de colisão entre direitos fundamentais idênticos ou entre direitos distintos.

Quanto à colisão entre direitos fundamentais idênticos, aludimos duas facções políticas que querem fazer manifestações em um mesmo espaço e na mesma data, ou seja, colisão entre direitos de liberdade de manifestação política, ou mesmo a morte de um agressor para salvar a vida da sua vítima e colisão entre direitos a vida.

Podemos falar em colisão entre direitos fundamentais distintos quando há a colisão, por exemplo, entre o direito de livre manifestação de alguém em relação ao direito à honra de outrem ou quando colide o direito a informação de um contra o direito à privacidade de outro.

3.8.2.2 Colisão em Sentido Amplo

Ocorre a colisão em sentido amplo, quando existe conflito entre direitos fundamentais de natureza distinta.

Pode acontecer, no entanto, a colisão entre direitos individuais e coletivos.

Alexy (2008)) cita como exemplo, a obrigatoriedade de se colocar nas embalagens de tabaco a advertência dos riscos que este produto causa à saúde, alude também quanto à prevalência do direito coletivo a saúde em detrimento do direito individual ao exercício da profissão, ou seja, a comercialização do tabaco.

3.8.3 A Solução do Problema da Colisão

3.8.3.1 A Solução de Alexy

Para Alexy (2008) os direitos fundamentais são princípios que devem ser cumpridos na maior medida possível em face de outra norma idêntica.

Os direitos fundamentais têm força vinculativa e, nos países em que a separação dos poderes é observada, os direitos fundamentais são justiciáveis.

No Brasil, segundo Alexy (2008), os direitos fundamentais são normas juridicamente vinculadas, em face do que dispõe o artigo 5º, § 1º, que afirma a aplicabilidade imediata daqueles direitos.

Em razão disso, a apreciação dos Direitos Fundamentais no Brasil é de ser exigida de imediato pelo Judiciário sem necessidade de qualquer norma complementar.

Para ele a tentativa de atenuar a judicialidade dos Direitos Fundamentais equivale a uma tentativa de abolição do direito constitucional. Entretanto, em virtude do que foi dito acima, o sistema de ponderação de princípios é a forma de solucionar o conflito entre direitos fundamentais.

Para Alexy (2008), a ponderação é um método racional que passa pelo princípio da proporcionalidade que se aplica em face dos três sub-princípios, a saber: a) idoneidade do meio empregado; b) necessidade do meio empregado e c) princípio da proporcionalidade em sentido restrito.

A ponderação, em síntese, tem um conteúdo racional, visto que a forma empregada deve demonstrar que a proporção do não cumprimento de um princípio deve ser justificada pela necessidade de aplicação do outro na mesma proporção.

Convém ressaltar que Alexy (2008) conceitua os princípios a partir de sua estrutura formal (norma *prima facie*), em detrimento de uma formulação enquanto conteúdo.

Pode-se, também, priorizar o conteúdo ao afirmar que princípios são normas que advêm do conjunto normativo de regras que estão a indicar a formulação em favor de determinados valores que são protegidos por uma infinidade de regulamentos como o direito a vida, liberdade, liberdade de expressão, etc.

3.8.3.2 Günther e Habermas

Habermas (2003) critica a ponderação, por entender que esta foge à racionalidade, ou seja, pode levar a uma prática absolutamente irracional e, por conseguinte, ilegítima ou incorreta.

Entretanto, este não é o lugar para a confrontação entre as duas posições. Basta dizer que Habermas e Klaus Günther, entendem que o discurso de aplicação deve ser fundar na equanimidade, em contraponto ao posicionamento de Alexy.

De outra sorte, Ronald Dworkin Fernandes Pedron (2008) entende que deve ser aplicado um sistema de adequabilidade.

Entretanto, tais questões serão tratadas com maior atenção no terceiro capítulo.

3.9 Princípio da Dignidade Humana

Não se trata propriamente de um direito fundamental, todavia, é um princípio fundamental do Estado Democrático de Direito. Entretanto, sua relação com os direitos fundamentais é de tal sorte que a maioria deles é uma especificação deste princípio (direito a vida, liberdade, dentre outros)

Certo é que como princípio basilar é também, um referencial hermenêutico constitucional, uma das principais razões de se encontrar no próprio título do trabalho.

3.9.1 Fundamentos do Princípio Fundamental

O princípio da dignidade da pessoa humana tem sua origem na antiguidade, mas ganha destaque, como já mencionado aqui, a partir da visão cristã de que o ser humano, criado a semelhança de Deus, por esta razão, tem como característica a dignidade que lhe é inerente.

Este princípio de conformação jusnaturalista se baseia, para muitos, no simples fato de o ser humano ser humano, ou seja, dotado biologicamente de razão, ou capacidade mental, o que lhe assegura o direito de ter preservada a sua dignidade. Portanto a dignidade lhe seria inerente.

Para outros, entretanto, sem negar a posição acima, seria também, resultado da construção sócio-cultural, o que encontra guarida na história dos grupamentos humanos e deve assegurar a pluralidade cultural.

De outra sorte, embora inerente ao ser humano, não há como olvidar que ações estatais ou privadas, coletivas ou não, podem proporcionar uma vida digna ou ofender tal princípio.

Uma política educacional trabalhista ou de saúde, pode com certeza, tornar mais digna a existência dos indivíduos a que se destinam tais iniciativas.

Por outro lado, a ausência de tais políticas, a não erradicação do analfabetismo, saneamento básico; se não podem excluir a dignidade inerente ao ser humano, causam pragmaticamente a redução das condições concretas de uma vida digna.

3.9.2 A Dignidade da Pessoa Humana e sua Positivção

Embora o princípio da dignidade da pessoa humana tenha origem na doutrina cristã e nas doutrinas jusnaturalistas do século XVIII, a sua positivção não se mostrou imediata.

As principais constituições européias só tornaram a sua positivção completa depois da Segunda Guerra Mundial e o holocausto promovido pelo regime nazista bem como as demais atrocidades físicas e psicológicas conduzidas por aquele regime totalitário.

3.9.2.1 A Positivção na Constituição Brasileira de 1988

O princípio da dignidade humana foi positivado pela Constituição de 1988, sem que tivesse um antecedente legislativo constitucional anterior de forma direta como ocorreu desta feita.

Essa positivção, acompanhando a tradição do direito luso-brasileiro, o elencou entre os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito fixando-o no art. 1º, III, da Constituição Federal.

O princípio da dignidade da pessoa humana está além dos próprios direitos fundamentais, enquanto princípio balizador estatal, permeando os direitos contidos

na constituição, em particular os fundamentais, dando o limite de redução de alguns direitos, inclusive os fundamentais.

Além disso, alguns direitos fundamentais, talvez a maioria, são especificações desse princípio, ou melhor, são variações positivadas do princípio da dignidade humana.

3.9.2.2 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Postulação em Juízo

A violação da dignidade humana pode ser objeto de postulação em juízo, disso não resta dúvida, até porque, não se admite normatização que impeça a pretensão contra violação ou ameaça de violação de direito. É justamente essa disposição constitucional junto a outras que torna a jurisdição um direito fundamental.

Entretanto, o princípio da dignidade humana, em face da sua grandiosidade e profundidade não pode ser conceituado ou delimitado. Em face disso, somente diante do caso concreto submetido ao Judiciário é que se pode saber quanto á ocorrência ou não da violação do princípio fundamental.

Por isso, somente uma teoria procedimental discursiva que se permite analisar com profundidade a questão posta, pode permitir a construção que corresponda adequadamente a esta proposição.

3.9.2.3 O Princípio Fundamental e a Jurisdição

Ressalte-se que existe uma relação íntima entre o princípio da dignidade humana e os direitos fundamentais, inclusive os de *status positivus* e *activus*, entre eles o direito a soberania popular, de sufrágio, direitos políticos em geral bem como o da inafastabilidade do Poder Judiciário, como entende Sarlet (2009), sem embargo de outros que possam ter importância para a dignidade da pessoa em particular.

A importância para o indivíduo da participação na vida sócio-política da comunidade a que pertence é um corolário da dignidade humana.

A definição de Aristóteles de cidadão, posta na obra “Política”, livro III, 2000 em que assim se expressa: “Minha sugestão é que aquilo que distingue (efetivamente o cidadão dos demais é a sua participação no judiciário e na autoridade, isto é, nos cargos públicos e na administração política e legal”, nos dá a

dimensão da relação estreita entre o direito a jurisdição e o princípio da dignidade humana.

Na polis, tal direito era sonogado aos escravos e estrangeiros, a quem se negava uma existência digna.

A reivindicação de participação política e judicante faz parte de um processo de inclusão que guarda uma relação com o princípio fundamental. Participar da vida política do Estado e poder reivindicar em juízo quando se sente aviltado em seus direitos compõe o status cultural da dignidade humana.

3.10 A Jurisdição

3.10.1 Evolução da Jurisdição

Talvez, haja certa redundância em se falar em evolução da jurisdição após a exposição feita no primeiro Capítulo. Entretanto, embora exista relação entre a jurisdição e o Poder Judiciário, elas não se confundem com o desenvolvimento de ambos os institutos.

Enquanto o Poder Judiciário é órgão estatal encarregado da prestação a jurisdição é sob a ótica processual clássica, o poder-dever do Estado de dizer o direito em face do caso concreto, de satisfazê-lo, sob a ótica dos direitos fundamentais o direito do indivíduo de receber do Estado mediante o devido processo, a resolução dos conflitos de natureza jurídica.

Como já aludido, em um período pré-estatal existia a arbitragem que antecede à Jurisdição.

Quando o Poder Público chama a si o monopólio da resolução dos conflitos jurídicos, surge a Jurisdição, sem, contudo existir o processo como o conhecemos.

A Jurisdição, nesse contexto, era o ato arbitrário de solução dos conflitos, já o julgador decidia ao seu alvedrio e em face de seus próprios (pré) conceitos.

A evolução do Estado, do Poder Judiciário e da ciência processual; vincularam a jurisdição ao processo, tornando posteriormente, no Estado Democrático de Direito, a jurisdição ou o acesso a ela um direito fundamental de segunda dimensão ou geração, de *status positivus*, intimamente relacionado ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

3.10.2 A Jurisdição enquanto Direito Fundamental

A Jurisdição, neste trabalho, deve ser abordada sob o matiz de direito fundamental, como visto acima, e não sob a ótica do direito processual.

No Estado Contemporâneo (Democrático de Direito), a Jurisdição é o direito fundamental de exigir do órgão estatal a solução do conflito e mais ainda, de participar ativamente do provimento, contribuindo sob uma estrutura linear e isonômica para o seu desfecho.

Para que fique mais compreensível a relevância da Jurisdição nesse contexto, convém ressaltar a diferença existente entre ela e a judicacão ou judicatura.

A Jurisdição, enquanto direito fundamental, se liga ao conteúdo legal, judicacão ou judicatura que é o ato ou conjunto de atos decisórios dos conteúdos legais.

A Jurisdição reclama o conteúdo do direito e a judicacão ou judicatura é a decisão proferida em face dos conteúdos legais, ato formal com fincas a realização da primeira, muito mais ampla e intangível sob uma ótica de titularidade exclusiva a despeito do monopólio estatal para a judicacão ou judicatura.

O cidadão quer, além da solução, a participação na sua construção por meio do devido processo legal, o que confere legitimidade a esta decisão.

3.10.3 A Jurisdição e o Estado Democrático de Direito

Segundo Streck e Morais (2008), os princípios do Estado Democrático de Direito são os seguintes: Constitucionalidade, organização democrática da sociedade, sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, Justiça Social para correção das desigualdades, igualdade não só formal, mas como articulação de uma sociedade mais justa, divisão de poderes ou de funções, legalidade como medida de direito e meio de ordenação racional com regras que excluem o arbítrio e a prepotência, Segurança e Certeza Jurídica.

A segurança e certeza jurídica não estão vinculadas a ideia de pré-conhecimento dos provimentos judiciais, mas da segurança e certeza de que serão resultantes de uma construção legitimada e segura, na qual os participantes em uma relação isonômica concorreram para tanto.

A crítica ao pós-positivismo no que diz respeito à incerteza ou insegurança jurídica que pode daí decorrer, fica estancada diante de uma teoria discursiva que legitime a norma na sua criação (fundamentação), tanto quanto na sua aplicação (discurso de aplicação).

A decisão se legitima pela prática hermenêutica aplicada de forma legitimada pela participação construtiva dos interessados que são os destinatários da decisão judicial.

Assim, vinculando uma ordem normativa racional, permeada pelos direitos fundamentais em que se espera naturalmente segurança e certeza jurídica, a Jurisdição também como direito fundamental, só pode garantir esta mesma segurança e certeza jurídica se a decisão judicial tiver sido construída a partir de uma teoria procedimental discursiva que permita a participação dos destinatários da decisão na sua elaboração.

A sonegação dessa participação é excludente do indivíduo. Viola a cidadania e afronta o Estado Democrático de Direito, bem como o conceito de jurisdição sob o matiz da doutrina dos direitos fundamentais e do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Esta é mais uma razão para que este trabalho tenha como foco a atuação do juiz monocrático, tendo em vista que a participação efetiva das partes na construção da decisão judicial só pode ser efetivada frente ao órgão de primeira instância, visto que o nosso sistema não permite uma fase de interlocução e instrução em segundo grau, salvo em casos de julgamentos de competência originária e, mesmo assim, quando não delegam a instrução ao juiz monocrático pelo instituto da carta de ordem.

3.11 O Devido Processo Legal

O devido processo legal está no rol dos direitos fundamentais catalogados pela Constituição e está intimamente ligado ao direito à Jurisdição. A sua conceituação é difícil e até perigosa haja vista que arrisca-se a restringir o seu alcance de maneira a favorecer uma conduta impositiva e totalitária. Entretanto, em um trabalho desta natureza não se admite a omissão quanto a este instituto jurídico constitucional.

3.11.1 Origem do Devido Processo Legal

Historicamente, o devido processo legal remonta à Magna Carta, art. 39¹⁰, advinda do primitivo do *Law of Lands* e do julgamento pelos pares.

Tanto a Declaração Francesa de 1789 quanto às emendas à Constituição dos Estados Unidos da América (emendas V e XVI de 1791 e 1868, respectivamente) encontramos a previsão do devido processo legal.

Os textos, em regra, faziam referência à necessidade da existência de um processo com regras pré-estabelecidas de qualquer restrição aos direitos de alguém.

Entretanto, a Jurisprudência das cortes dos Estados Unidos, no final do século XIX e primeira metade do século XX, criaram o devido processo legal substantivo ou material, afirmando que a mera pré-existência de regras processuais não era suficiente, mas, que se exigia um processo materialmente justo, proibindo que lei ou ato governamental privasse o cidadão de seus direitos de modo desarrazoado ou arbitrário.

Ainda nos anos 1930, também nos Estados Unidos da América, o devido processo legal por construção jurisprudencial, passou a tutelar todos os direitos fundamentais além do direito a vida, liberdade e propriedade. Esta posição muito influenciou a forma de adoção do princípio do devido processo legal no Brasil.

3.11.2 O Devido Processo Legal na Constituição de 1988

O sistema jurídico dos Estados Unidos é o *Common Law*, que permite a construção jurisprudencial tal como ocorreu com o devido processo legal substantivo, não há nesse sistema, limitação jurisprudencial em face do feixe das normas positivadas.

O sistema a que se filia o Brasil é o *Civil Law*, que não permite a construção mencionada acima, razão pela qual apenas na Constituição de 1988, pela primeira vez, positivado e catalogado o devido processo legal, enquanto direito fundamental,

¹⁰ “Nenhum homem livre será detido ou aprisionado, ou privado de seus direitos ou bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou despojado, de algum modo, de sua condição; nem procederemos com força contra ele, ou mandaremos outros fazê-lo, a não ser mediante o legítimo julgamento de seus iguais e de acordo com a lei da terra”.

ganhando tal status nos termos do art. 5º, inciso LIV¹¹, da Constituição de 88.

Inspirada na fórmula Norte Americana, o constituinte deu ao princípio proteção aos demais direitos fundamentais.

3.11.3 O Que é Devido e quem é Devido

Eis uma questão tormentosa e, muitas vezes, mal compreendida que é a de se interpretar o que é o “devido” na ordem deste direito fundamental.

O “devido” não se confunde com a legalidade do processo e isso vem sendo estabelecido com maior clareza, a partir da construção do devido processo substantivo ou material.

O entendimento defendido neste trabalho é que a expressão “devido” guarda correspondência intrínseca com a ideia de adequação. Não basta que o processo tenha normas pré-definidas, mas que ele seja adequado no caso concreto à participação necessária aos interessados a fim de que possam construir junto com o juiz, a decisão judicial legítima.

Se para a legitimidade da norma impõe-se que os seus destinatários entrem em consenso, para a legitimidade da decisão judicial impõe-se, por sua vez, que seus destinatários possam se valer do discurso para demonstrar a adequação da norma para o seu caso, tanto quanto ao aspecto do direito que se quer ver aplicado quanto à validade do procedimento escolhido em face da liberdade necessária para a elaboração discursiva do processo.

É a isso que denominamos “devido”, em uma lógica racional do instituto do devido processo legal, ou seja, é a esfera procedimental correta à investigação discursiva e probatória da questão em debate.

O discurso de aplicação se legitima e se justifica na base consensual e nos fundamentos que instruíram a norma construída.

Enfim, é preciso que o procedimento seja adequado a necessária participação das partes em face do caso concreto e não somente em abstrato. Efetuando raciocínio lógico, conclui-se que o devido processo legal é uma prestação devida pelo Estado aos cidadãos e, concretamente, aos cidadãos em conflito que estejam diante do Judiciário.

¹¹ “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

É devido a toda comunidade a correta aplicação do princípio do devido processo legal que deve proporcionar certeza e segurança jurídica aos cidadãos, ainda que não estejam em juízo.

É importante que a opção de estar em juízo se dê por estrita conveniência dos conflitantes e não pela sua descrença na efetividade dessa prestação ativa fundamental, o que em si, já implicaria na sonegação desse direito.

É devido às partes que estejam em juízo, o seu direito de participação igualitária e isonômica, na construção da decisão judicial legítima.

A sociedade tem direito ao funcionamento adequado do aparato estatal judicial, estejam os seus membros em juízo ou não.

Em razão disso entende-se que o termo “devido”, em face de sua co-relação com a ideia de “adequação”, a noção de equanimidade, guarda relação direta, sob uma visão democrática, com a teoria argumentativa de Klaus Günther e a discursiva de Jürgen Habermas.

3.12 O Contraditório e a Ampla Defesa

O contraditório e a ampla defesa são elementos lógicos do devido processo legal no Estado Democrático de Direito. Entretanto, a sua reafirmação na Constituição de 1988 enquanto direitos fundamentais autônomos, se deve ao período anteriormente vigente. O Estado de Segurança no qual as liberdades fundamentais foram restringidas e durante o qual o direito ao processo, com toda certeza, não incluía a possibilidade ampla de afirmar ou discutir direitos políticos ou a liberdade ideológica.

3.12.1 O Contraditório

É no contraditório que o diálogo isonômico racional e necessário se estabelece entre os interessados. Trata-se de um direito-garantia de manifestação nos autos em favor dos seus interesses em jogo no processo, incluindo o de não se manifestar, garantido o direito de fazê-lo ou não.

Sem o contraditório, o processo se tornaria inquisitorial e perderia a sua função precípua que é a de construção da verdade jurídico-processual com a participação argumentativa e probatória dos interessados.

É com o contraditório que a igualdade jurídica se materializa ou, se instrumentaliza no processo, assegurando a dignidade das partes que tem o direito de manifestar-se, ter sua manifestação considerada, ainda que não acolhida, e de ser visualizado enquanto partícipe da vida comunitária e estatal.

3.12.2 A Ampla Defesa

O direito fundamental da ampla defesa sob a ótica desta dissertação, entre os três (devido processo legal, contraditório e ampla defesa), é o direito fundamental fim, como se demonstrará a seguir.

Partindo do pressuposto de que ampla defesa não quer dizer somente amplitude de meios de defesa quando questionado em juízo, mas que é a defesa de qualquer interesse jurídico levado a esfera judicial ou administrativa quer esteja o indivíduo figurando como postulante figurando como réu ou a pessoa em face de quem se faz a postulação, vê-se que sua amplitude se encontra na disponibilidade de meios necessários para que seja dada a resposta jurisdicional ou administrativa legítima.

Assim, a ampla defesa não é só amplitude de meios e prazo necessário para deduzir uma resposta adequada, o que sem dúvida é um de seus aspectos, mas a sua amplitude inclui o direito de estar em juízo munido de todo o aparato necessário para defender suas posições.

Talvez pela contraposição de idéias, seja mais fácil esclarecer este ponto: Ampla defesa não se opõe a um direito de acusação, mas é o oposto e a negação da supressão de livre manifestação ou sustentação de qualquer posição juridicamente dedutível.

Ora, fica claro a partir de então, que este direito fundamental se realiza pelo devido processo legal e o contraditório, ficando claro agora, a natureza meio daqueles em face da ampla defesa.

Não se quer, com isso, dizer que a pessoa tenha infinitas oportunidades quer seja temporal, quer seja de meios para deduzir suas pretensões e argumentos.

Naturalmente, o processo possui regras de tempo, oportunidade e meios para que as partes deduzam suas pretensões, não se admitindo que a pretexto de se realizar uma defesa ampla, se implante a absoluta desordem processual.

O que se pretende com isso dizer é que o procedimento escolhido deve sempre ser adequado a participação necessária, racional e isonômica dos interlocutores, sob pena de grave ofensa ou supressão de um direito fundamental.

De outra sorte, somente a aplicação de uma teoria argumentativa e discursiva racional e pragmática permite a segurança da ampla defesa na forma acima estruturada, utilizando-se todos os recursos lingüísticos, argumentativos e discursivos adequados.

Daí porque no próximo capítulo será feita uma análise mais detida das teorias de Habermas e Günther, precedidos de uma rápida alusão à tópica desde Aristóteles e incluindo à contribuição de Piaget para tal teoria; Alexy e a visão hermenêutica de Gadamer, relacionando-as com a atividade jurisdicional, com análise sobre alguns tipos paradigmáticos de juízes, inclusive sob a análise do pensamento de Ronald Dworkin, sem olvidar um estudo da natureza da ciência lingüística, sua importância para a formação do ser humano, da sociedade e para o direito, passando pela noção de significante e significado, sob a ótica de Freud e Lacan.

4 AS TEORIAS ARGUMENTATIVAS E DISCURSIVAS E SUAS RELAÇÕES COM O JUDICIÁRIO

4.1 Considerações Iniciais

Este Capítulo tem por objetivo pesquisar as teorias discursivas, relacionando-as com o Poder Judiciário, em especial, com o desenvolvimento construtivo da decisão judicial em observância ao princípio basilar da Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais, com ênfase na jurisdição em busca de um conteúdo teórico e pragmático do binômio “decisão e legitimidade”.

Para isso, será feita análise do desenvolvimento das teorias discursivas e sua evolução, bem como sua importância para o indivíduo e a coletividade, sua importância para o direito e suas conceituações, discorrendo sobre alguns autores.

4.2 Origem e Desenvolvimento

A questão da linguagem, do discurso, da argumentação e do debate faz parte da vida e do desenvolvimento humano desde a antiguidade.

A questão da tópica, enquanto técnica retórica e dialética argumentativa vem desde Aristóteles, mas as obras de Platão com referência a Sócrates, principalmente “Diálogos”, são largamente conhecidas.

É de Aristóteles a denominação “tópica” em sua obra reunida no “Organon”. Não é ele, pois, o criador da tópica ou prática da discussão, mas aquele que criou tal denominação e desenvolveu os seus elementos.

A tópica pertence, portanto, ao terreno da dialética. Diz Aristóteles:

O propósito deste tratado é descobrir um método que nos capacite a raciocinar, a partir de opiniões de aceitação geral, acerca de qualquer problema que se apresente diante de nós e nos habilite, na sustentação de um argumento, a nos esquivar da enunciação de qualquer coisa que o contrarie. (ÓRGANON, 2010, p. 347)

As conclusões dialeticamente resultantes têm por base as premissas postas e, portanto, podem ser formalmente corretas, mas podem não o ser materialmente.

Esta afirmação tem importância quando se discute a natureza argumentativa do direito e do que é direito.

Prosseguindo nesta diretiva, podemos dizer que Cícero, em obra menos filosófica, mas mais pragmática e voltada para o mundo Jurídico, desenvolveu sua tópica cerca de trezentos anos depois de Aristóteles, tratando-se, pois, de recursos postos a disposição da argumentação para as discussões e discursos possíveis. Diz Cícero:

Toda Teoria Fundamental do Discurso é composta de duas partes: a primeira trata da invenção e, a segunda, da formulação do juízo (do juízo segundo o seu valor)".

"Assim como é fácil encontrar os objetos que estão escondidos, desde que se determine e se prove o lugar em que se situam, do mesmo modo, se quisermos investigar sobre uma matéria qualquer, temos que conhecer o seu *topoi*, pois assim são denominados pós Aristóteles, os lugares dos quais se extrai o material (os argumentos) para a demonstração. (VIEHWEG, 2008, p. 28)

O autor traça uma linha relacional entre a idéia do local a ser determinado para encontrar uma coisa determinada e ainda não encontrada, com os "sítios" conceituais onde se encontram os argumentos necessários para demonstrar a validade de uma idéia ou posição.

Daí, a origem da palavra tópica do grego *tophus* que quer dizer lugar, local ou sítio. Tópica é a ciência de encontrar ou estabelecer argumentos para o discurso ou discussão a ser travada em torno de um determinado problema.

Para Aristóteles, a *phrónesis*, sabedoria pragmática que se assentava na dialética, também chamada de prudência racional ou bom senso científico, é a essência da tópica, assim como a *ekipeia*, ou equidade.

Segundo Aristóteles a retórica se assentava em três premissas: a) argumento de autoridade, b) empatia com o auditório e c) plausibilidade argumentativa.

A doutrina cristã já valorizava a equidade, como é demonstrado em filipenses 4-5¹², tido como método decisório e valorativo, assim como a teoria Aristotélica.

São Tomás de Aquino, por sua vez, entendia que a tópica devia obedecer a uma forma esquemática escolástica sistematizada pelo estabelecimento do problema como pontos de vista próximo, pontos de vista contrários e solução. A escolástica medieval contribuiu para o desenvolvimento da retórica ou prática discursiva.

¹² Seja a vossa equidade notória a todos os homens. Perto está o Senhor

Entretanto, René Descartes, com sua máxima, “penso logo existo”, fixa no indivíduo a base do racionalismo, abrindo as portas para o individualismo e mais tarde para o Estado Liberal, razão da utilização da obra “Discurso do Método, Meditações Metafísicas”.

Para nós, o “Discurso do Método” e o texto inaugural da filosofia moderna, enquanto “Meditações Metafísicas”, constituem uma exposição do pensamento cartesiano na sua marcha metódica de estabelecimento de verdades.

A questão é que, junto com a reforma protestante, a fixação do racionalismo no indivíduo e a possibilidade de um relacionamento religioso sem intermediários proporcionaram a semente do que viria a ser o Estado Liberal, modificando a visão antes estatal ou subalterna do ser para um conceito de cidadania que se liga ao homem como titular de direitos.

Em 1708 Vico (2008) escreveu sua obra “Ciência Nova” na qual pretendia a conciliação do antigo com o moderno, que pressupõe conhecimento de idéias contrapostas.

Buscou, pois, unir o antigo método da tópica, com o moderno crítico, que se ampara em conclusões amplas e concatenadas, deduções racionais; enquanto a tópica, parte do senso comum reiterado.

Pretendia-se ali, aliar o pensamento iluminista, como o de Kant que entende que o senso de dever deve se basear na racionalidade pura, com a argumentação tópica original.

Enfim, era a pretensão de fusão entre o método empírico histórico tradicional da retórica tópica ao método sistêmico moderno.

É importante ressaltar que, Hobbes (2000) destacava o direito divino do soberano, o juiz deveria reproduzir apenas a vontade do soberano e na dúvida, deveria consultar o rei ou seus conselheiros, negando a este e ao povo qualquer função construtiva na decisão judicial.

Após a revolução francesa, com a valorização do parlamento, estabeleceu-se que o juiz deveria ser a boca da lei, impondo-lhe uma interpretação literal.

Rousseau, na obra “Do Contrato Social”, fala de uma magistratura que é a segurança do poder legislativo, do qual não deve ter nenhuma parcela, sendo também a garantia de uma boa Constituição.

Já naquela época, Rousseau advertia para o risco de atribuir ao magistrado a criação do direito, sob o risco de transformá-lo em um tirano. A tirania ou a ditadura se caracteriza pela falta de legitimidade dos seus atos de autoridade.

Toda a questão se divide entre a adequação com relação a aplicação ao caso concreto sem ferir a legitimidade da decisão.

Kant, em “Crítica à Razão Pura”, afirma que a única ação livre é a que se funda no senso de dever, na racionalidade pura. É nela que se baseia a existência do direito para a harmonia e conciliação de tais liberdades.

Para Kant, o imperativo categórico, é aquilo que é reconhecido universalmente como direito de todos e é o que deve ser buscado, é nisso que reside a sua legitimação.

Na “Introdução ao Estudo do Direito, Doutrina do Direito”, Kant alega que a doutrina do direito é a soma daquelas leis para as quais é possível uma legislação externa: Direito Positivo.

Kant (2007) entendia que o direito é “a soma das condições sob as quais a escolha de alguém pode ser unida à escolha de outrem de acordo com uma lei universal de liberdade.”

Essa concepção desenvolve-se, como é óbvio, a partir de sua teoria do imperativo categórico.

É possível reiterar que para Kant, apenas o direito positivo é direito e apenas aquela norma que se enquadre na universalidade da lei de liberdade é legítima.

Kelsen, na obra “Teoria Pura do Direito”, apoiado em Kant, defende uma teoria pura do direito, alegando que uma norma é legitimada por outra maior, independente do seu conteúdo e justiça. Não é por qualquer outra razão que ele entendia legítimo o Nazismo na Alemanha, embora, pessoalmente não lhe devotasse qualquer simpatia, sofrendo inclusive perseguição por isso.

Ressalte-se que no positivismo, todo direito se reduz ao direito positivo, direito positivo é o próprio direito. É uma concepção que nasce quando o direito positivo e o direito natural não são mais considerados da mesma forma. É o que se vê na obra “O Direito Positivo”, de Norberto Bobbio.

Convém lembrar que Kelsen, na obra “O que é Justiça?”, ao falar da Justiça coletiva e exemplificando quanto à escolha de um comandante para uma determinada tropa, deixou entrever a necessidade da legitimação da norma pela comunidade a que ela se destina.

Norberto Bobbio, por sua vez, defende o direito como uma prática discursiva (Teoria da Norma Jurídica) e valoriza o aspecto sancionador da norma, por outro lado, entende que a compreensão do imperativo normativo só se dá em face de uma análise sistêmica, pois o direito deve ser analisado como um sistema ordenado e não enquanto norma isolada (Teoria do Ordenamento Jurídico).

O próprio Kelsen, como dito acima, após a sua ida para os Estados Unidos da América, em convivência com o common law, passou a admitir certa subjetividade na decisão.

A Segunda Guerra Mundial e as atrocidades realizadas pelo Estado Nazista levaram a críticas e questionamentos profundos ao positivismo, fazendo nascer o período pós-positivista que faz ressurgir as questões retóricas discursivas.

Em 1951 Teodor Viehweg, na obra “Tópica e Jurisprudência”, retornou ao método retórico, analisando a posição de Vico que tentou unir os dois métodos, o sistêmico, que pressupõe uma resposta e o tradicional, que se assenta na retórica.

Na obra mencionada, Viehweg defende o desenvolvimento de uma prática discursiva racional; partindo do problema, caso concreto, para encontrar uma solução legítima.

Várias teorias argumentativas e discursivas se desenvolveram ao longo do século XX, algumas das quais serão mencionadas nos itens seguintes.

4.2.1 A Linguística e a Psicanálise

4.2.1.1 Lacan

Esta teoria tem muito sentido se partirmos da afirmação de Lacan, segundo Quinet na sua obra “A descoberta do Inconsciente, do Desejo ao Sintoma”, que a mente humana é estruturada pela linguagem. O homem para ele é linguagem, posto que é um ser cultural. É a linguagem que o humaniza e o afasta definitivamente da natureza, definindo-o e o estruturando, razão pela qual é lógico que todo o progresso científico e filosófico passe pela linguagem, por um discurso racional e estruturado.

Para Lacan, no seu inconsciente, é na linguagem que habitamos e por ela somos habitados. Afirma ainda que a linguagem é individual, mas a fala ou o discurso implica o reconhecimento do outro.

É preciso, contudo, diferenciar significante de significado, posto que o primeiro é a palavra, o símbolo e o segundo o conteúdo a ele aplicado.

Tal compreensão é fundamental para compreender as diferenças de entendimento em face da mesma linguagem ou sinal simbólico.

Convém destacar que, para Lacan e Quinet, a linguagem não se limita ao exercício oral, mas em toda utilização gestual, simbólica ou representativa que tenha a função de comunicação, incluindo-se até as expressões gestuais e faciais.

A linguagem, por sua vez, se origina no Édipo, na primeira palavra que é o reconhecimento do nome do pai, segundo Freud na obra “Totem e Tabu”.

Eis porque, qualquer teoria séria do direito deve passar pela linguagem e pela prática discursiva.

4.2.1.2 Freud

Para Freud, tanto a lei quanto a neurose tem origem no pai primitivo. Os filhos matam o pai dominador, mas em face da culpa e da ausência da lei constroem o totem como culto ao pai. O totem é referência à proteção (pai, lei) e o tabu ao que é proibido ou digno de proteção.

A primeira palavra, segundo a doutrina freudiana, foi o nome do pai, consistindo a linguagem em uma busca da construção do pai primitivo ou a lei.

A linguagem, portanto, se origina no “Édipo” (nome do pai), que é o primeiro significante. Daí, a origem íntima entre linguagem, psicanálise e direito; questão esta, importante para este trabalho.

4.3 O Posicionamento de Dworkin

A teoria de Ronald Dworkin, constante do “O Império do Direito”, aponta diretrizes, na sua discussão sobre o papel dos juízes e sua atividade construtiva:

[...] o presente livro expõe, de corpo inteiro, uma resposta que venho desenvolvendo aos poucos, sem muita continuidade, ao longo de anos: a de que o raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva, de que nosso direito constitui a melhor justificativa do conjunto de nossas práticas jurídicas, e de que ele é a narrativa do que faz dessas práticas as melhores possíveis. (DWORKIN, 2007, p. XII).

Para Dworkin, o direito é um exercício construtivo, que é uma narrativa, um desenrolar que vai se desenvolvendo a partir da contribuição de cada um dos seus agentes.

Dworkin vê o direito realizado nos tribunais com integridade, visto que uma contribuição construtiva se soma a outra sem invalidação das que a antecede, mas formando um conjunto integral, sempre acrescido pelas contribuições que vão se agregando. Portanto, segundo este autor, o direito é uma questão interpretativa e construtiva que se realiza no Poder Judiciário.

É inteligível o posicionamento de Ronald Dworkin, quando percebemos de que sua doutrina se assenta no direito norte americano onde vige o Common Law.

4.4 A Teoria do Agir Comunicativo

Talvez, a principal contribuição de Jürgen Habermas, seja a sua teoria do “agir comunicativo”.

Para Habermas as patologias da modernidade, sem exceção, trazem uma invasão da racionalidade das esferas sociais, econômicas e burocráticas.

A resistência a essa deformação seria realizada pela ação comunicativa, posto que seria a abertura de oportunidades para um entendimento abrangente e amplo.

Ela se distingue pela relativização do discurso que deixa de ter uma pretensão de absoluta correção, atribuindo ao outro o seu direito de contestar e divergir, ainda que atribua racionalidade ao discurso do outro.

É essa relativização que permite o entendimento e o debate amplo.

Enquanto as outras formas de agir (teleológica, normativa e dramática), tem pretensões de validade aportadas na verdade, correção e autenticidade. O agir comunicativo tem fundada a sua pretensão de validade no entendimento, que é uma referência reflexiva as outras esferas do agir.

Segundo Habermas tal agir deve ser permeado por uma racionalidade comunicativa que deve envolver o discurso dos agentes.

Deve-se, de antemão, conferir racionalidade ao interlocutor, sob pena de ignorar-se ou recusar-se o seu discurso de forma irracional, impedindo a comunicação e o entendimento.

Aquele que age, deve também; de pronto, reconhecer o direito de contestação de seus ouvintes e conferir-lhes a mesma racionalidade para a fluência das comunicações e sua universalização.

Para Habermas a racionalidade comunicativa é universal e permite avaliar as sociedades presentes e futuras. Este posicionamento recebe críticas, principalmente daqueles que entendem a pluralidade e a mobilidade na pós-modernidade não permite esta liberdade linguística consensual com o alcance que pretende o autor, inclusive porque não é possível antever todas as possibilidades ou circunstâncias fáticas a serem aplicadas pela norma.

Habermas tenta resolver a questão a partir da ética do discurso, quando afirma que uma norma só é válida se todos os interessados ou destinatários participarem da elaboração da norma de forma a se encontrar um consenso.

Fica claro que a consciência, ao contrário do que entende Descartes, não é natural no homem, mas, segundo Mead, formada pela linguagem e pelo discurso, assim como entendem Freud e Lacan.

Entretanto, é questionável se a validade de uma teoria está comprometida, ainda que não tenha o alcance almejado, em princípio, pelo seu autor.

A partir de Habermas surgiram algumas teorias discursivas e argumentativas, algumas destacadas neste trabalho.

4.5 As Teorias Argumentativas a Partir de Habermas

Como já mencionado, surgiram teorias discursivas e argumentativas depois do trabalho de Habermas, ainda que a partir de críticas formuladas a teoria do agir comunicativo.

Habermas desenvolveu, em tal contexto, a teoria da verdade consensual, que a verdade é construída através do discurso, consensualmente. Os participantes devem eles mesmos, encontrar uma solução para os seus problemas éticos e morais.

Uma teoria com este conteúdo muda o conceito de verdade que deixa de ser uma correspondência à realidade (conceito Aristotélico), mas o resultado da construção realizada no discurso pode ser substituída, a qualquer tempo, por outra verdade construída pelos participantes do discurso, consensualmente.

Em face disso seguem algumas importantes teorias argumentativas construídas a partir da teoria habermasiana.

4.5.1 A Teoria da Argumentação de Robert Alexy

Robert Alexy desenvolve uma teoria argumentativa, a partir da teoria da verdade consensual e do agir comunicativo de Habermas, ainda que com algumas ressalvas e críticas ao pensamento daquele filósofo, afirmando que em um Estado Democrático e sob uma ótica não positivista ou pós-positivista, é possível o desenvolvimento de um discurso racional ou racionalista com cunho cientificista capaz de permitir a fundamentação das decisões jurídicas.

Alexy coloca algumas regras para o estabelecimento do discurso, ele impõe que: a) qualquer um pode tomar parte no discurso e introduzir a problematização; b) o interlocutor deve aplicar o mesmo predicado a objetos semelhantes em seus aspectos essenciais; c) o orador não pode se contradizer (princípio da não contradição), o orador só pode afirmar aquilo que ele acredita (pretensão de veracidade habermasiana); d) o orador não deve usar os mesmos termos que seus interlocutores com sentido diferente; e) o orador deve fundamentar as suas afirmações quando lhe for pedido (não precisa fundamentar quando seus interlocutores já crêem nas suas afirmações (regra geral de fundamentação);

A partir dessas regras, começa a formulação de sua teoria da argumentação jurídica, afirmando que esta se caracteriza pela limitação ao universo jurídico, mas que também pode ser fundamentado racionalmente.

O discurso jurídico está vinculado ao direito vigente. Assim, não se admite, por exemplo, uma discussão jurídica sob a validade da escravidão como valor jurídico, posto que o sistema jurídico vigente não a acolhe enquanto valor ou premissa legal.

O não acolhimento da escravidão, desigualdade racial, por exemplo, pelo ordenamento jurídico, exclui a possibilidade de se debater, em um *forum* jurídico, a validade de tais proposições.

Existe uma pretensão de correção no discurso jurídico que é o seu elemento moral. Ou seja, da união entre direito e moral surge uma pretensão de correção e o seu núcleo é a justiça.

Esta mesma pretensão de correção tem uma pretensão de fundamentabilidade.

Para Alexy, o discurso racional é levado a um segundo patamar que é o constitucionalismo discursivo. Vale dizer que, como o Estado Democrático depende e é ele o próprio formato do discurso racional, os discursos jurídicos se fundam neste constitucionalismo, daí porque ele utilizar, por vezes da obra intitulada “Constitucionalismo Discursivo”.

Na obra “O Conceito e Validade do Direito”, Alexy afirma a possibilidade da norma fundamental de kelsen, mas não nos termos kelsenianos, mas nas normas sociais.

Quer com isso, dizer que sob a ótica pós-positivista, poderia haver esta norma que se funda na sociedade que se cria, age comunicativamente, constrói uma ordem moral-social e, a partir daí, uma ordem jurídica.

Com isso, demonstra que o sistema jurídico constitucional forma-se a partir do discurso, portanto, qualquer discurso jurídico deve ser racional e constitucionalmente possível para a sua validade.

A partir daí, é que na obra “Teoria dos Princípios”, que Alexy desenvolve a idéia de ponderação em caso de conflito de normas já mencionada no capítulo anterior e que é criticada por Günther, entre outros.

4.5.2 A Teoria da Argumentação de Günther, fundamentação e aplicação

Klaus Günther buscou responder as críticas endereçadas a Habermas quanto ao alcance da validade da norma e a sua abrangência no que diz respeito à previsibilidade das situações.

Ele admite a impossibilidade de, no curso do processo criativo da norma, prever todas as possibilidades e circunstâncias fáticas, buscando escapar da aparente fluidez da pós-modernidade que seria o obstáculo ao discurso ético e ao agir comunicativo, nos termos idealizados por Habermas.

Günther admite a impossibilidade de previsão quanto a todas as variantes fáticas de aplicabilidade da norma. Por isso mesmo, faz uma distinção entre discurso de fundamentação e de aplicação.

Esta distinção efetuada por Günther foi acolhida pelo próprio Habermas, como se verá mais adiante.

A questão é que a tensão entre “fundamentação” e “aplicação” não estava dissipada até a formulação de Klaus Günther.

Gunther busca apoio em autores como Piaget, por exemplo, para classificar as três fases da vida humana, o cumprimento das normas por imitação, o cumprimento das normas pelo reconhecimento da autoridade e finalmente, o cumprimento das normas pelo reconhecimento do outro e, por conseguinte, do senso de dever.

No mesmo sentido, vale-se da teoria de Durkheim, em “Fato Social e Divisão do Trabalho”, para afirmar que o fato social é externo ao indivíduo, razão pela qual o discurso pode permitir a coesão e coerção legítimas.

Essas fases, de forma ampliada, ocorrem na sociedade com as instituições jurídicas, razão pela qual as teorias discursivas e argumentativas se encontrariam na terceira fase.

A partir daí, começa a distinção entre os discursos de fundamentação e aplicação.

A norma deve ser realmente construída a partir da participação de todos os seus destinatários que, através do discurso consensualmente, devem encontrar uma formulação com pretensão de correção.

Este axioma não tem a ver com a validade da norma. O discurso de fundamentação, a participação da comunidade na formulação normativa, serve para lhe conferir validade, mas não necessariamente aplicabilidade.

A aplicabilidade, ou o discurso de aplicação, se funda na análise do caso concreto, suas peculiaridades, todas as suas circunstâncias e particularidades, bem como uma análise de todas as normas correlatas para que se faça a devida aplicação, ou para melhor dizer, a adequação.

Assim, o discurso de aplicação relaciona-se à adequação ou adequabilidade da norma a ser aplicada ao caso concreto.

Dessa forma, Günther rejeita a ponderação de Alexy, por entendê-la sem cientificidade e racionalidade, enquanto a adequação como descrita acima, só seria aplicável ao caso concreto se tivesse tal fundamento.

Além do que, a pretensão de correção no discurso de aplicação estaria assentada na imparcialidade do aplicador, o que se apura pela verificação absoluta de todas as nuances do caso concreto e a análise de todas as normas com pretensão de aplicabilidade naquele caso.

É essa construção que Habermas acolhe em *Direito e Democracia*, entre a validade e faticidade.

4.5.3 A Teoria da Argumentação de Perelman

Chaim Perelman desenvolveu uma teoria da argumentação em que é uma renovação da retórica aristotélica.

Inicialmente, Perelman tenta pressupor uma igualdade entre sujeitos e objetos, todavia, reconhece que, por justiça, na maioria das vezes isso não acontece. Reconhece que, muitas vezes, os sujeitos partem de conceitos e pressupostos diferentes, daí porque o direito deve se caracterizar pelo contraditório mediado em juízo, visto que os argumentos jurídicos não são frutos de cálculos, mas de interpretações e avaliações que, dentre outras coisas, incluem os interesses dos litigantes:

Para que a regra de justiça constitua o fundamento de uma demonstração rigorosa, os objetos aos quais ela se aplica deveriam ser idênticos, ou seja, completamente intercambiáveis. Mas, na verdade, isso nunca acontece. Os objetos sempre diferem em algum aspecto, e o grande problema, o que suscita a maioria das controvérsias, é decidir se as diferenças constatadas são ou não irrelevante ou, em outros termos, se os objetos não diferem pelas características que se consideram essenciais, isto é, os únicos a serem levados em conta na administração da justiça. (PERELMAN, 2005, p. 248)

Para Perelman, argumentos são os conteúdos justificáveis de uma ideia, e não existem argumentos corretos ou incorretos, mas relevantes ou irrelevantes. Um bom argumento oferece uma imagem concisa de uma idéia que se quer levar a convencimento.

Estes conteúdos justificáveis devem ser formulados em face de um auditório (destinatário da argumentação), que deve ter a possibilidade de assentimento.

Perelman entende que só existe argumentação quando existe esta liberdade de assentir, que inclui um discurso racionalmente válido em face de ouvintes que tenham conhecimento da natureza do objeto e que tenham por base os mesmos pressupostos.

Em face disso, não só os debatedores devem se valer da argumentação para justificar suas pretensões, mas também o juiz em face da inexatidão das teses jurídicas para justificar suas decisões:

O dispositivo da sentença, a parte que contém a decisão do juiz, é precedido pelo enunciado dos considerandos, ou seja, das razões que motivaram essa decisão, uma escolha, uma pretensão, a mostrar que elas não são arbitrárias ou injustas. (PERELMAN, 1996, p. 481)

Todo argumento é dirigido ao homem e exige a liberdade de assentimento, sendo necessário que, de certa forma, os interlocutores façam parte de uma mesma comunidade ou tal discurso não será possível ou, pelo menos, válido.

Somente o homem inserido na liberdade própria dos regimes democráticos, em princípio, com capacidade para assentir, poderia manter a retórica renovada, ou a argumentação nos termos desenvolvidos por Perelman.

Perelman denomina o discurso dirigido a uma pessoa ou pessoas determinadas de “persuasão racional”, devendo esta, segundo ele, ser a prática a ser desenvolvida pelo juiz que profere uma decisão.

Segundo o mesmo autor, embora a decisão se assente nos argumentos e provas produzidas, ela depende do senso de equidade do juiz:

O poder concedido ao juiz de interpretar e, eventualmente, de completar a lei, de qualificar os fatos, de apreciar, em geral livremente, o valor das presunções e das provas que tendem a estabelecê-los, o mais das vezes basta para permitir-lhe motivar, de forma juridicamente satisfatória, as decisões que seu senso de equidade lhe recomenda como sendo, social e moralmente, as mais desejáveis. (PERELMAN, 1996, p. 489)

A persuasão encontra seus limites atinentes ao discurso jurídico e é um marco distintivo entre o período do juiz Júpiter para um tipo mais moderno, pondo fim à validade do princípio da livre convicção, o que será explicado mais adiante.

4.5.4 A Visão Hermenêutica Gadameriana

O filósofo alemão Gadamer (2008), autor de várias obras, como: “Verdade e Método, Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica” e a não menos importante “Hermenêutica em Retrospectiva (2009)”, podem ser vistas sob o movimento liderado por Oswald de Andrade.

Este conceituado filósofo europeu realizou uma revisão do pensamento iluminista, pretendendo uma postura absolutamente racional, um cientificismo exacerbado para aproximar-se da tradição, afirmando que estamos irremediavelmente incrustados na cultura e na linguagem, o que torna descabido uma certeza com base em um método inteiramente racional.

Para ele, a hermenêutica; a arte de interpretar corretamente os textos está além da definição acima, passando pelo entendimento que é hermenêutico. Para Gadamer, a verdade resulta do diálogo e não do método, sendo a hermenêutica ou o entendimento, um resultado dos questionamentos conceitos e pré-conceitos

Em face disso, pode-se concluir que a fusão de horizontes de uma pessoa em face da outra ou do texto posto diante dele, promove resultantes específicas em face da concretude. Assim, os significados nunca são completos ou definitivos, posto que sempre resultam da fusão de horizontes distintos entre nacionais ou entre nacionais e estrangeiros, seja face a face, seja através de textos, deve resultar em uma fusão que permita um entendimento compatível com a percepção livre dos envolvidos, sem uma imposição ou subjunção da ideia de um sobre o outro.

A hermenêutica jurídica, consubstanciada pelo dito acima, deve também ser construída através desse diálogo que não exclui, segundo o próprio Gadamer, a cultura, a arte e o mundo natural; vozes que se projetam de dentro numa conversação infundável.

4.6 Habermas, Facticidade e Validade

Na obra de Bauman (2007), em sua obra “Tempos Líquidos”, bem como na obra “O Mal Estar da Pós-Modernidade (1998)”, demonstra a angustia e o desgosto do homem moderno com à vida moderna.

O citado filósofo diz que vivemos em tempos líquidos, posto que a vida, a cada dia se torna mais fluídica em termos de segurança e certeza.

O bem estar e a segurança que deveriam ser trazidos pelos adventos científicos e tecnológicos, ao invés de trazer bem estar e segurança para o ser humano, ao contrário, lhe trás desconforto, angustia, incerteza e insegurança.

Portanto, segundo Bauman, vivemos em uma sociedade em constante crise em face da sua instabilidade.

Esta instabilidade apontada por Bauman é um dos principais fundamentos de várias críticas à teoria de Habermas, assim como as teorias discursivas em geral, posto que a fluidez dos valores, bem como a pluralidade, seriam um obstáculo ao um discurso igualitário que levasse a um consenso satisfatório quanto à criação da norma.

Entretanto, o próprio Habermas ao acolher parte da teoria argumentativa de Günther, quanto à distinção entre o discurso de aplicação e fundamentação, assentiu em parte a crítica e efetuou um ajustamento que torna mais pragmática a sua própria teoria.

Na obra “Direito e Democracia” Habermas (2003), por sua vez, entende que a norma é legitimada, quando resulta de uma comunicação racional do consenso entre todos, aqueles a quem ela se direciona. Razão pela qual só é possível na democracia, quando os direitos fundamentais são garantidos e para ele o direito fundamental por excelência é o da participação na elaboração das normas.

Habermas fundamenta sua teoria com base no agir comunicativo. Para ele os processos de ação comunicativa têm funções recíprocas de construção da sociedade, cultura e personalidade pelas interações e mediações da linguagem.

Obviamente, Habermas também adota a diferenciação entre argumento de fundamentação e de aplicação, é a conclusão de que os nacionais ou membros de uma comunidade específica devem construir o seu próprio sistema normativo com base nas suas verdades, aquelas mesmas resultantes do processo dialógico e hermenêutico, sem sujeição a idéias que não lhes sejam própria e que lhes são impostas.

Habermas fez dessa obra o seu projeto de filosofia do direito, embora não seja ele, em si, um autor jurídico ou do direito.

Entretanto, reafirma que são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais, dando a esta afirmação, um contorno diverso do empregado anteriormente, posto que lhe conferiu um status anterior à separação entre direito e moral e, por isso mesmo, dotada de fundamentalidade.

Para Habermas, há que existir um equilíbrio entre os direitos coletivos, sociais e os individuais, sem supremacia de qualquer deles, cujo equilíbrio deve ser estabelecido pelo discurso entre o indivíduo, a coletividade e o Estado.

Segundo ele, o Estado é assediado pela sociedade civil e, este, só permite passar as fundamentações possíveis quando aceitáveis em face da esfera pública mobilizada.

Em sua obra “Direito e Democracia” aqui mencionada, defende a jurisdição e aplicação do direito pelos juízes de forma discursiva racional: “O juiz singular tem

que conceber sua interpretação construtiva como empreendimento comum, sustentado pela comunicação pública dos cidadãos”. Habermas (2003)

Habermas afirma que a aplicação imparcial de uma norma fecha a lacuna que ficara aberta por ocasião de sua fundamentação imparcial, devido a imprevisibilidade das situações futuras, acolhendo, como dito, a ponderação de Günther quanto a distinção entre os discursos de fundamentação e aplicação.

Esta importância emprestada por Habermas à função de fundamentação e de aplicação pela via discursiva remete à sua afirmação anterior de que:

Um paradigma jurídico não consegue explicar o modo como os princípios do direito e os direitos fundamentais preenchem contextualmente as funções que lhe são atribuídas normativamente, a não ser que lance mão de um modelo de sociedade contemporânea. (HABERMAS, 2003, p. 241)

O que Habermas quis dizer com estas afirmações é que o fundamento da norma jurídica encontra-se na sociedade contemporânea e, por isso, o juiz, na forma que se estabelece em Günther, deve construir a decisão em face de uma prática discursiva comum com estes interlocutores que são interessados na decisão judicial.

Habermas corrige qualquer lacuna na fundamentação em face da aplicação imparcial, todavia, desde que a fundamentação da norma tenha sido imparcial, posto que se houver parcialidade na fundamentação a norma carece de legitimidade, razão pela qual sequer a aplicação discursiva interpretativa, racionalmente correta e comum não pode suprir tal deformação normativa.

Entretanto o discurso de aplicação é válido nos termos defendidos por Günther, se aplicado com imparcialidade (pretensão de correção em face da verificação ampla das normas e circunstâncias do caso concreto), sobre a norma corretamente fundamentada, ainda que nela existam lacunas em face da impossibilidade de previsão absoluta quanto a situações futuras.

Ainda nesta obra, Habermas fala sobre a jurisdição e afirma a absoluta necessidade constante da revisão dos julgados anteriores para que no nosso entender, não ocorra um enrijecimento do pensamento jurídico, isolando-o da participação comunitária.

O juiz que se coadunaria com o Estado Democrático, em face do exposto, é o que faz uso do discurso na condução dos processos judiciais com fins a uma decisão mais justa e legítima.

É neste contexto que se insere a oportuna afirmação de Gallupo:

Uma Teoria Procedimental do Direito, e em especial uma Teoria Discursiva do Direito, exigida para a compreensão do Estado Democrático do Direito, só é possível se indicar as condições pragmáticas para a realização dos discursos jurídicos de justificação e de aplicação das normas jurídicas. Exatamente por isso, apenas uma teoria Procedimental do Direito que seja uma teoria pragmática de comunicação humana pode reconstruir adequadamente essa forma de Estado e de seu direito. (GALLUPO, 2002, p. 21).

Entretanto, Habermas expressou sua preocupação quanto à possibilidade de aplicação correta pelos juízes, em face de seu “treinamento” dogmático e, em geral, positivista, bem como demonstrou receio quanto à indeterminação das decisões judiciais.

4.7 A Função do Juiz no Estado Democrático de Direito

Uma das mais importantes garantias do Estado Democrático de Direito é a certeza e segurança jurídica garantidas pelo Poder Judiciário, em face da norma jurídica.

Para tanto, não basta um juiz com boa formação jurídica, mas é preciso o compromisso ético-moral com a democracia.

O autor Teixeira (1999) afirma que o sistema plural no Brasil não admite a adoção de um modelo único de juiz e que o critério de seleção prioriza o aspecto conhecimento-erudição em detrimento dos aspectos éticos vocacionais.

Entretanto, não se pode falar em comprometimento ético se nele não estiver contido um compromisso com a própria ordem democrática vigente.

Lado outro, não há que se falar em compromisso válido com a democracia se a própria estrutura do Judiciário é antidemocrática, posto que atrelada a uma legislação que, como demonstrado anteriormente, não se coaduna com a Constituição em vigor e o Estado Democrático de Direito.

O Compromisso ético só pode ser assegurado se o Judiciário, enquanto órgão estatal, bem como os seus membros, adotarem uma feição democrática legitimada pela prática cotidiana e de aproximação entre o seu corpo e os jurisdicionados.

Esta feição passa por uma prática discursiva mais abrangente, a fim de que os interessados na decisão possam participar de forma real e concreta na sua construção.

4.7.1 O Papel do Judiciário no Brasil Democrático

Segundo Alexy, na Obra “Constitucionalismo Discursivo”, nos países como o Brasil em que a separação dos poderes é nítida, seguindo o sistema de Montesquieu, o Judiciário deve ser um Poder a serviço da cidadania, da ordem democrática e dos direitos fundamentais.

Ainda segundo o citado autor, os direitos fundamentais, em face do que dispõe o artigo 5º, inciso I da Constituição são de imediata aplicação e, por isso, justificáveis, cabendo ao Poder Judiciário garantir a sua aplicação, quer seja pelo Estado, quer seja por terceiros.

Entretanto, é preciso questionar se pode ser exigido de um Judiciário com estrutura administrativa hierarquizada e intelectualmente atrelada a uma visão positivista, tanto quanto socialmente submetido a uma visão pouco democrática, quer seja internamente, quer seja externamente.

4.8 Os Tipos de Juízes concebidos pela Filosofia do Direito

Evidentemente não se encontra no cotidiano um tipo definido e definitivo de juiz, principalmente em países como o Brasil, onde o pluralismo é um valor constitucionalmente acolhido.

Entretanto, a análise das espécies de juiz, pode contribuir para a construção de juízes paradigmáticos no que diz respeito à vida democrática.

O primeiro tipo paradigmático é o Juiz Júpiter. Este juiz trafega entre o positivismo jurídico e o legalismo, e tem o sagrado dever de revelar o sentido da lei. A decisão judicial se inspira unicamente em um modelo hierarquizado da norma na qual, estabelecida sob uma edição solitária, assentada no seu saber técnico jurídico e nada mais. Sua função é garantir a coerência do sistema jurídico.

O segundo é o Juiz Hércules. É um juiz terreno, no qual se assenta toda a integridade do direito. Ele é a fonte do direito. É a jurisprudência quem constrói o direito e não a norma. Seu principal defensor é Ronald Dworkin. Justifica-se sua

preferência por esta tipologia em face do Common Law no qual se encontra inserida a sua doutrina.

O terceiro tipo, o Juiz Hermes, é inspirado, também como os anteriores, em uma figura mitológica, Hermes o mensageiro dos deuses, origina o próprio nome da ciência hermenêutica. Ele é o meio-termo entre o substrato comunicativo e a dialética, entre o método sistêmico e o método tópico.

Segundo Monteiro (2008), Hermes “não conhece outra Lei que a circulação do discurso, onde ele arbitra os jogos sempre recomeçados”.

Trata-se, portanto, do magistrado que vê e ouve os interessados, realizando uma fusão de horizontes aos moldes de Gadamer, em uma prática discursiva aplicada.

Segundo o autor, a intervenção dos interessados mediante prática discursiva e, portanto, democrática, somada ao cabedal jurídico do julgador (fusão de horizontes), produz uma decisão judicial com maior pretensão de correção e legitimidade.

Obviamente, é difícil identificar os três tipos puros na sociedade, mas buscase um paradigma que faça jus às pretensões de uma Justiça integrada aos novos modelos jurídicos e ao Estado Democrático de Direito.

Entretanto, é necessário destacar a importância de um juiz que possa exercer a função de intermediar os conflitos e ouvir atentadamente os discursos empreendidos para que ocorra a formação racional da decisão judicial.

É importante ressaltar, que a mediação e a conciliação, incorporadas enquanto prática jurídico/processual-constitucional institui o discurso como uma verdade jurídica.

4.9 Uma Conceituação Moderna do Direito

A conceituação de direito no positivismo, ainda que passe por termos diferentes, sempre aporta na ideia inicial de Kant, aqui já mencionada, de que não existe direito fora do direito positivo.

Depois da Segunda Guerra Mundial, em face da impossibilidade de o positivismo lidar com as atrocidades cometidas naquele período de maneira satisfatória, surgiram conceituações que ultrapassaram a estreita via do direito positivo.

Vários autores têm demonstrando uma visão menos dogmática do direito, entre eles Ronald Dworkin, que o compara de certa forma com a literatura, defendendo a ideia de integridade, atribuindo à prática jurídica uma função eternamente construtivista.

É nesse cenário que a teoria de Ronald Dworkin na sua obra, “O Império do Direito”, aponta diretrizes, na sua discussão sobre o papel dos juízes e sua atividade construtiva:

[...] o presente livro expõe, de corpo inteiro, uma resposta que venho desenvolvendo aos poucos, sem muita continuidade, ao longo de anos: a de que o raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva, de que nosso direito constitui a melhor justificativa do conjunto de nossas práticas jurídicas, e de que ele é a narrativa do que faz dessas práticas as melhores possíveis. (DWORKIN, 2007, p. XI)

Para Leal (2009), o direito é um produto racional e dinâmico de controle sócio-político-econômico em vários níveis temporais e à medida em que os grupos sociais surgem, organizam-se a si mesmos por regramentos técnicos jurídicos convenientes.

É interessante também, a definição de Alexy (2009), que contém três partes, a saber: a) pretensão de correção; b) relação entre os elementos clássicos da definição, como a legalidade conforme o ordenamento jurídico, eficácia social e correção material e a c) incorporação do princípio de aplicação.

Alexy dá as dimensões de sua definição de forma bem delineada:

O direito é um sistema normativo que (1) formula uma pretensão à correção, (2) consiste na totalidade das normas que integram uma constituição socialmente eficaz em termos globais e que não são extremamente injustas, bem como a totalidade das normas estabelecidas em conformidade com essa constituição e que apresentam um mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia e não são extremamente injustas, e (3) ao qual pertencem os princípios e outros argumentos normativos, nos quais se apoia e/ou deve se apoiar o procedimento de aplicação do direito para satisfazer a pretensão à correção. (ALEXY, 2009, p. 151)

Habermas vê o direito como resultado da construção discursiva racional e que a legitimidade da norma é tanto maior quanto a participação de seus destinatários na sua construção.

Por isso, para ele, é importante uma teoria social do direito, ainda mais que afirma a consolidação deste através da razão e ação comunicativa.

O que se percebe, em face disso, é que o direito ganha uma dimensão cada vez mais dinâmica, o que exige de seus operadores, uma prática hermenêutica que atenda os anseios desta nova realidade que aporta nas comunidades e nos meios jurídicos em geral.

Habermas acredita que o problema das decisões judiciais é uma questão na administração da justiça, razão pela qual, se faz apropriado que uma prática discursiva comum, aplicada aos processos construtivos decisórios é apropriada às práticas jurídicas contemporâneas.

Para ele, o Estado não se valida por si, e o direito nasce de uma reivindicação que não se esgota na sua positivação e que se afirma na garantia dos direitos daqueles que o constituíram por meio da razão comunicativa.

Eis a exposição feita pelo próprio Habermas a respeito do problema das decisões judiciais em face da sua nova conceituação do direito, segundo citação de João Bosco Encarnação:

[...] que os juristas, como dogmáticos adestrados, percebem o direito da perspectiva do juiz e olham a crise do direito como uma crise na administração da justiça: é ainda a indeterminação das decisões judiciais o que preocupa. (ENCARNAÇÃO, 1999, p. 149)

Não sem razão, Dworkin (2007), aponta o receio de um famoso juiz norte americano (Leander Hand), que temia mais um processo judicial do que a morte ou impostos.

A imprecisão ou indeterminação quer seja na resultante, quer seja na fase de desenvolvimento do processo, no que diz respeito á legitimidade da decisão ou da sua construção racional, causa, em regra, descrédito e temor aos que precisam da intervenção judicial para a aplicação da norma.

Não se trata, contudo, de apontar o juiz como responsável pelas mazelas da justiça, mas questionar se ele próprio, membro da comunidade que encaminha para a “globalização”, forma sofisticada de um totalitarismo global e que difere da internacionalização de questões supranacionais, consegue assimilar a correspondência necessária de sua atividade em face das necessidades que advêm de uma sociedade ou comunidade que se estabelece em face de uma ordem democrática, estatal e jurídica; e tudo isso contraposto á sua formação jurídica que é com frequência; tecnicista, positivista e até meramente legalista.

4.10 A Necessidade de uma Teoria Discursiva na Construção da Decisão

Vê-se, pois, a necessidade da aplicação de uma teoria discursiva, que envolve os interessados na aplicação da norma, na construção da decisão judicial.

O Estado Democrático de Direito e a visão dinâmica e racional lançada sobre o direito contemporâneo, assim como a fluidez da vida moderna, exigem que assim o seja para que tais decisões sejam credenciadas com legitimidade e tenham a credibilidade da comunidade a qual se dirige.

A prática discursiva racional hermenêutica deve ser permeada pelos limites próprios do discurso jurídico, balizada pela força interpretativa da constituição.

Esta prática interpretativa, nos termos acima, deve ser delimitada pela observância do princípio da dignidade da pessoa humana, como referencial hermenêutico nos termos postos por Sarlet (2009).

A construção discursiva é comum das decisões judiciais e deve não só ser marcada pela constituição vigente e pelo princípio da dignidade humana como referencial hermenêutico, mas deve também encontrar nessas balizas as suas limitações e diretivas, para que a jurisdição possa alcançar o seu escopo enquanto direito fundamental.

Para tanto, tem razão Alexy, quando afirma que a argumentação jurídica deve encontrar os limites próprios da sua natureza, mas isso não exclui, de forma alguma, as ponderações de Habermas e Günther.

O que se quer com isso dizer é que o discurso é livre nos limites de juridicidade. Dá-se como exemplo a questão da escravidão, mas para que fique claro, exemplificamos com algo comum ao cotidiano, como uma colisão de veículos.

É um preceito jurídico normativo que, aquele que cause dano a outrem, quer seja intencionalmente, quer seja por imprudência, imperícia ou negligência, ainda que sem desejar o resultado, deve reparar o dano.

Evidentemente, permite-se a discussão em juízo sobre questões fáticas e jurídicas tais como: a ocorrência ou não do evento; se o fato envolveu realmente aquelas pessoas; se a colisão causou dano; se foi resultado de ato intencional ou culposo de algum dos envolvidos; se o dano alegado foi resultado da colisão em questão; se os valores postulados realmente correspondem ao dano sofrido, ou se corresponderia à justa indenização ou se o dano teve a extensão alegada.

Entretanto, o discurso jurídico não admite, perante o Judiciário, a discussão se realmente alguém deve ou não reparar o dano causado a outrem se, por exemplo, agiu sem intenção de causar o dano; ainda que tenha agido com imperícia ou negligência, ou se não o deveria fazer ainda que agindo intencionalmente porque existe uma norma jurídica, universal ou consensualmente aceita de que quem causa danos em tais circunstâncias deve repará-lo por meio de justa indenização.

É importante que tais discursos não se limitem á questões técnicas, mas levem em conta a tradição, arte e cultura de uma determinada comunidade a que se destina a aplicação, sem a perda da racionalidade, operando a verdadeira fusão de horizontes defendida por Gadamer, encontra eco nas ponderações quanto à prática jurídica atual, pois, como diz Habermas, um paradigma jurídico só pode ser compreendido em face de uma sociedade ou comunidade contemporânea á sua aplicação e aplicabilidade.

Esta consideração quanto á cultura da própria comunidade a que se destina a decisão é fundamental para o equilíbrio entre a prática dogmática e o racionalismo puro.

Da mesma maneira, só tem sentido falar nessa prática discursiva se esta ocorrer em uma comunidade democrática, com liberdade para o assentimento e para a contestação, mediante formulações determinadas em argumentos racionais e justificáveis, em especial, em face da ordem democrática vigente.

As únicas limitações admitidas são as impostas pela ordem jurídica, sendo inadmissível a supressão do direito de dissentir ou assentir em face de uma discussão legítima, sob pena de comprometer a jurisdição enquanto direito, e o princípio da dignidade humana; forjando uma decisão descredenciada e ilegítima.

Como dito anteriormente, a inclusão da mediação e conciliação como práticas jurídicas, implicam em uma adoção do discurso e da construção comum e consensual como valor jurídico.

É preciso verificar, todavia, a ressonância de tais assertivas em face da prática cotidiana do juiz monocrático no norte de minas, o que será feito no Capítulo que se segue.

5 O JUDICIÁRIO NO NORTE DE MINAS E O POVO NORTE MINEIRO

5.1 Considerações Iniciais

Percebe-se que há dificuldade em definir o que seja povo, neste trabalho em especial, pretende-se delinear o conceito do que seja povo passando pela povoação do Norte de Minas e a formação do Judiciário na região. Será determinada também a importância do relacionamento da população com a formalidade do Judiciário.

Em seguida, serão analisados alguns dados estatísticos bem como as respostas dos juízes da região quanto ao questionário aplicado, a fim de relacionar suas posições com as práticas discursivas comentadas no capítulo anterior em face do perfil da população em questão.

A partir do estudo das peculiaridades do povo que norte mineiro, pode-se dimensionar a importância do discurso travado entre as partes e o Juiz, a fim de se buscar a decisão adequada ao caso concreto.

5.2 Quem é o Povo?

É corrente a utilização da palavra “povo” em sentidos diversos. Friederich Müller, na obra “Quem é o Povo?” Muller (2010), analisa esta questão sob a ótica jurídica. Para ele, povo tem servido mais como conceito operacional do que fático, não perquirindo realmente, quanto à composição social de um grupo que possa receber tal denominação.

Para Sartre, segundo Müller, o povo ainda não foi criado. Talvez esta assertiva seja correta, até porque o “povo”, enquanto grupo social, cultural e populacional está em um constante processo de auto criação.

Müller afirma o conceito de povo como plurívoco e não unívoco como pensam muitos e trás as seguintes gesticulações no que se refere à conceituação de povo.

O povo ativo é uma referência jurídica ao conceito de povo formulado nas constituições que serve como balizador de legitimação de condutas estatais.

O povo como ícone, usado principalmente no totalitarismo, é o conceito abstrato utilizado para justificar ações, de resto ilegítimas e não guarda relação com o povo real.

O povo como destinatário, refere-se aquele grupo a quem se destinam as ações e prestações do Estado, sobretudo as civilizações.

E finalmente, o povo como todo aquele “que mora aqui”. Com definição mais popular, este conceito atende a natureza pluralista e democrática da constituição e abrange todo aquele que mora em determinado território; bem como os que por ali transitam e tecem relações, passando a serem criadores do Estado, da ordem social-territorial, bem como os destinatários de suas normas.

Esta última definição mais democrática e pragmática é a mais próxima a realização das ações do Judiciário, pois qualquer um pode vir a ser parte em um processo judicial.

Na obra de Ackerman (2006), praticamente sustenta em “Nós, o Povo Soberano”, que a afirmação da soberania popular se faz pela institucionalização dos direitos fundamentais e da democracia constitucional pelo Poder Judiciário e, em particular, pelas cortes superiores.

Entretanto, esta institucionalização deve ser enquanto função jurisdicional, um compromisso de todo o Poder Judiciário, inclusive da primeira instância, onde a cidadania transita cotidianamente através dos pleitos dos cidadãos.

O que se quer dizer com isso é que todo e qualquer magistrado deve interpretar o direito sob a ótica da Constituição, utilizando dos fundamentos de aplicação sob a ótica hermenêutica constitucional e de seus pilares, em especial, o princípio da dignidade humana.

Há que se considerar, como já foi dito, que a norma jurídica se funda em uma ordem social, na formação normativa da sociedade que dá suporte para a criação da norma jurídica, como manifestado por Alexy (2009).

Não existe nisso, uma exclusividade dos tribunais superiores. Daí a importância de breve desenvolvimento sobre o povo brasileiro e a povoação do norte de Minas, perfazendo a sua formação sócio-cultural.

5.2.1 Quem é o Povo (brasileiro)?

No Brasil Colônia, segundo Holanda (2010), formaram-se em primeiro lugar, duas vertentes humanas; o aventureiro e o trabalhador, tipos que não se opõem necessariamente.

A colonização se deu, em primeiro lugar, através do primeiro tipo, não ligado a uma tarefa de consolidação, mas da busca do novo.

O segundo, por sua vez, mostra-se apegado à segurança e esforço, tudo isso somado ao caráter ibérico, sempre afeito aos favorecimentos, ao reconhecimento de sua fidalguia que os torna avessos as relações impessoais próprias do Estado.

Segue-se o Brasil rural ou agrícola apoiado na escravidão, que gera um prolongamento intelectual que, por vezes, se opunha as suas origens latifundiária e escravagista.

Expõe, ainda, na sua obra, as origens das cidades, povoações irregulares e litorâneas formadas pelos portugueses a quem chama de “semeadores”, sem a formação de urbes enquanto instrumentos de desenvolvimento, como na América espanhola, razão pela qual denomina os espanhóis de “ladrilhadores”.

O brasileiro desponta, com seu caráter cordial e afetivo, que prefere relações pessoais e de simpatia às impessoais e distantes. Com isso, não se apregoa a bondade, mas apenas a predominância de relações de aparência afetiva.

Na obra de Ribeiro (2010), destaca a formação do povo brasileiro em face da contribuição de três matrizes étnicas: os lusitanos (portugueses), indígenas (tupi) e africanos.

Cada um destes povos contribuiu para a formação de um povo único, o mestiço, com cultura própria, unido por um único idioma, apenas com a diversificação de sotaques, sem desprezo das características regionais.

Para Ribeiro, as culturas regionais que se formam são a cabocla no norte, sertaneja no nordeste, caipira no sudeste, gaúcha no sul e a crioula no litoral.

Estas cinco culturas regionais são segundo Ribeiro, as vertentes culturais do Brasil.

Para esse autor, o Brasil é composto de um povo ímpar, alegre, identificado como brasileiro e não com as culturas dos povos que os formaram, unidos em um só idioma:

Conquanto diferenciados em suas matrizes raciais e culturais e em suas funções ecológico-regionais, bem como nos perfis de descendentes de velhos povoadores ou de imigrantes recentes, os brasileiros se sabem, se sentem e se comportam como uma só gente, pertencente a uma mesma etnia. Vale dizer, uma entidade nacional distinta de quantas haja, que fala uma mesma língua, só diferenciada por sotaques regionais, menos remarcados que os dialetos de Portugal. Participando de um corpo de tradições comuns mais significativo para todos que cada uma das variantes subculturais que diferenciaram os habitantes de uma região, os membros de uma classe ou descendentes de uma das matrizes formativas.

Mais que uma simples etnia, porém, o Brasil é uma etnia nacional, um povoação, assentado num território próprio e enquadrado dentro de um mesmo Estado para nele viver seu destino. (RIBEIRO, 2010, p. 19)

Tudo o que já foi dito, faz pensar, que para tal povo tem-se que desenvolver práticas de hermenêutica que levem em consideração estas características singulares a fim de encontrar uma resposta adequada, capaz de atender os anseios dos contendores.

5.2.2 Quem é o Povo (Norte Mineiro)?

Dentro deste macro-universo, é preciso destacar este micro-universo que é o povo norte mineiro.

Para que se possa ter uma compreensão, ainda que mínima, do povo norte mineiro, é preciso investigar suas raízes históricas, a ocupação e povoamento do seu território e ainda a fusão cultural que ali se fez.

Paralelamente, como se verá adiante, será exposta a formação do Judiciário na região até a sua composição atual.

5.2.3 O povoamento, suas matrizes históricas

Duas vertentes populacionais foram responsáveis pelo povoamento da região do norte de Minas Gerais. Uma vinda de Pernambuco e da Bahia e a outra de São Paulo.

Os vaqueiros que margeavam o Rio São Francisco, vindo da Bahia e Pernambuco e os bandeirantes que vieram de São Paulo, que combateram os índios e fundaram os primeiros povoados, estabelecendo-se na região como fazendeiros e grandes criadores de gado.

Embora tenham existido expedições anteriores, citando a de Espinosa-Navarro de 1553, vinda de Porto Seguro, somente se reconhece como a primeira investida povoadora a de Matias Cardoso em 1690, visto que a de Navarro apenas fez o reconhecimento do local.

Dentre as expedições anteriores, a de Matias Cardoso destaca-se a de Antonio Guedes de Brito que recebeu em doação 160 léguas medidas pela margem

direita do São Francisco, a começar do Morro do Chapéu na Bahia às nascentes do rio das Velhas.

Guedes de Brito fundou o Morgado da Casa da Ponte¹³.

Brito foi investido na patente de Mestre de Campo¹⁴ e já contava com uma tropa de 200 homens. Deu início à campanha na parte do território que hoje compõe Minas Gerais (norte), levando segurança às povoações que se formavam.

Guedes de Brito morreu no meio da empreitada e seus companheiros retornaram, em maioria, para o Morro do Chapéu.

Matias Cardoso, por sua vez, saiu de São Paulo em 1690 com cerca de 600 homens para comandar uma campanha militar contra os índios do Ceará e do Rio Grande do Norte.

Cardoso foi investido na patente de Mestre de Campo General para que pudesse fazer valer a sua missão de domínio e extermínio de indígenas e quilombolas que assombrava a Coroa Portuguesa, principalmente diante das dificuldades encontradas por Domingos Jorge Velho para dominar o Quilombo de Palmares.

É preciso compreender que o medo de uma rebelião de índios e negros assombrou a elite branca desde o início da colonização até depois da independência, visto que de cada três habitantes, dois eram escravos, forros, índios ou mestiços¹⁵.

O Mestre de Campo General, cumprida a missão da qual fora incumbido, terminou por assentar o arraial de morrinhos, na margem do Rio São Francisco.

Na região, evidentemente, já viviam os índios (cerca de trinta e duas povoações indígenas) que foram dominados, escravizados, vendidos e mortos por Matias Cardoso e seus homens.

¹³ Nota do Autor: Morgado é um bem inalienável, vinculado a um título de nobreza e transmitido com este ao filho mais velho de uma família. Livre definição do autor, baseada na informação contida no Dicionário Jurídico Piragibe, 9ª edição. Lumem Iuris. P. 787.

¹⁴ Nota do Autor: a patente de mestre de campo corresponde à atual patente de coronel, enquanto a de capitão-mor equivalia à atual patente de Tenente Coronel. Por sua vez, as patentes de sargento-mor e alferes correspondem às atuais de major e segundo tenente. A maior patente na época no norte de Minas pertencia a Matias Cardoso de Almeida que era Mestre de Campo General, o correspondente a tenente-general e, hoje, general de divisão.

¹⁵ Tais informações são trazidas por Laurentino Gomes, na obra "1822". Segundo o autor, em 1884, apenas quatro anos antes da abolição e cinco antes da proclamação da república, existiam no Brasil 1.240.806 escravos. Daí o receio da Coroa Portuguesa e da pequena elite branca brasileira no século XVIII, de insurreições de quilombolas e de indígenas, ao mesmo tempo, razão pela qual mandaram Domingos Jorge Velho destruir Palmares e Matias Cardoso de Almeida esmagar os Índios do Ceará, Pernambuco e da região que atualmente é o Norte de Minas.

A custa de tudo isso, se assentaram na região como criadores de gado. As fazendas do nordeste foram estabelecidas pelas margens do Rio São Francisco até chegar ao norte de Minas Gerais.

O Rio São Francisco e seus afluentes serviram de via de transporte fluvial de pessoas e suprimentos, contribuindo para a povoação da região e favorecendo o comércio entre o nordeste e o centro sul, razão da sua denominação de “rio da integração nacional”.

Eis a razão pela qual os povoados se estabeleceram nas margens dos rios da região.

Os vaqueiros que desceram ou margearam o rio, trouxeram a cultura sertaneja para a região. Trabalhavam nas fazendas recebendo um quarto das crias, o que se efetivava depois de cinco anos de trabalho. O recebimento do acumulado nos anos de trabalho pelo vaqueiro era suficiente para o seu estabelecimento por conta própria, levando à multiplicação do número de fazendas na região.

As rotas de boiadas também foram um fator para o surgimento de povoações. Desenvolveu-se, paralelamente à pecuária e a agricultura de subsistência (feijão, arroz, milho, cana de açúcar e mandioca).

A pesca, facilitada pela existência dos rios e lagoas, e a caça, também complementavam a alimentação dos moradores da região que se valiam das ervas, frutos silvestres e demais recursos naturais, fazendo surgir uma culinária própria.

Os habitantes da região utilizavam os recursos naturais para construção de utensílios e canoas, gerando o artesanato da região, o que será explicado mais adiante em tópico próprio.

Embora em Minas Gerais a mão de obra escrava tenha sido utilizada em larga escala, principalmente nas regiões de exploração mineral, inclusive no Tejuco (Diamantina); no restante do norte de Minas a escravidão não era tão intensa, em face da forma de vida livre dos vaqueiros e da dificuldade de controle na região. O percentual populacional dos escravos era cerca de 8% do total de habitantes da região. Ainda assim, a escravidão não era tão penosa quanto nas regiões auríferas e açucareira.

Entretanto, na região conta-se, ainda hoje, com importantes núcleos quilombolas.

Os africanos e seus descendentes trouxeram sua contribuição para a formação da cultura e desenvolvimento da região. Uma vez que ainda não tinham

sido descobertas as reservas auríferas das Minas Gerais, o desenvolvimento da região se deu, de fato, pela criação de gado e expansão das fazendas do nordeste.

Entre o povoamento em face da expansão agropecuária baiana e a ambição desenfreada dos paulistas se fez o povoamento do norte de minas.

É sabido, entretanto, que com a descoberta do ouro, as fazendas do norte abasteciam as regiões auríferas e eram pagas com o ouro, sem intervenção do Governo Colonial.

Em face disso, houve uma proibição deste comércio pela Coroa, levando ao isolamento do norte de minas o que gerou uma cultura própria dentro do Estado.

Matias Cardoso e seu filho Januário Cardoso fundaram povoações ribeirinhas tais como Morrinhos (Matias Cardoso), São Romão e Januária.

O Alferes Antônio Gonçalves Figueira, encaminhou-se para áreas mais distantes das margens do São Francisco, fundando várias fazendas, entre elas, a Montes Claros às margens do Rio Verde, conforme alvará de 12/04/1707.

Daí surgiu o arraial das Formigas, hoje cidade de Montes Claros, maior centro urbano do Norte de Minas.

Segundo Ribeiro (1997), Montes Claros, até meados do século XX, tinha cerca de 20.000 habitantes.

O Norte de Minas permaneceu isolado até 1924 quando a estrada de ferro chegou a Montes Claros por força da atuação do Ministro da Viação, Francisco Sá, no período presidencial de Artur Bernardes, que hoje dá nome a um dos municípios e sede de comarca da região.

Em face disso, tornou-se um entroncamento mercantil, um ponto de entreposto comercial, surgindo daí, o seu crescimento exponencial no século XX, chegando à primeira década do século XXI ao número de 450.000 habitantes, aproximadamente.

Mais uma vez o comércio serviu ao seu propósito de desenvolvimento urbano e de aproximação entre os povos.

5.2.4 O artesanato do Norte de Minas

Os ibéricos em geral, tinham aversão aos trabalhos manuais, razão pela qual a Coroa Portuguesa, no começo do século XVIII, permitiu aos cristãos novos (judeus

convertidos, a maioria por força da inquisição), que se deslocassem para essa região a fim de realizar tais trabalhos.

A tecelagem, artefatos de couro, móveis, utensílios de madeira, etc. eram realizados por eles, assim como o fabrico caseiro de sabão de coco, doces, queijos, requeijão, etc.

Tais práticas, que permitiam certa independência da região, isolada até meados do século XIX, sem contar sequer com uma estrada de ferro, fez surgir o significativo artesanato regional.

Essa segregação involuntária levou a construção de instrumentos musicais, bem como da interação de valores eruditos e populares, surgindo também, uma arte musical própria.

Em suma, estabeleceu-se um universo cultural ímpar, que se estende até a atualidade.

5.2.5 O perfil do povo Norte Mineiro

Ainda segundo Darcy Ribeiro, o povo norte mineiro e em especial o de Montes Claros, em razão do isolamento que sofreu em relação ao Sul do Estado e diante da penetração da cultura sertaneja e pecuarista pelas margens dos rios, sofreu uma influência da Bahia muito maior do que do restante das Minas Gerais.

O povo do norte de Minas, segundo Ribeiro, fala com sotaque “abaianado” e meio cantado, é alegre e musical, nada tendo a ver com o caráter um tanto taciturno do mineiro oriundo das regiões montanhosas e auríferas.

O povo norte mineiro gosta do trato de personalidade, próprio do brasileiro, bem como a cordialidade já mencionada, e criou uma cultura aproximada da sertaneja nordestina, por isso mesmo, mas com traços próprios, formando traços culturais e unívocos que são independentes das culturas que o formaram, sem, todavia, perder o seu traço essencial de brasilidade.

Para a formação desse agrupamento social tão peculiar, foram essenciais todos os componentes humanos, temporais, culturais, geográficos e históricos já mencionados neste Capítulo.

Utilizando-se da classificação efetuada pelo próprio Darcy Ribeiro, apesar da região em destaque se situar na região sudeste, nota-se que a sua cultura é

sertaneja, ainda que pontuada pela influência caipira trazida de outras regiões do Estado.

Considerando a base comunitária, necessária para a formação da ordem e norma social, precursora e legitimadora da ordem jurídica, é de fundamental relevância a formação sócio-cultural dos habitantes da região para o estabelecimento de um discurso racional a fim de viabilizar e legitimar a aplicabilidade da norma jurídica.

5.3 A origem e evolução do Judiciário no Norte de Minas

A História do Judiciário no norte de Minas, como é natural, se confunde com a história e evolução da região.

Curiosamente, os bandeirantes ou sertanistas foram os primeiros juízes das regiões que desbravaram. Fernão Dias Paes Leme foi juiz ordinário na Vila de São Paulo em 1653, enquanto Raposo Tavares, bandeirante de cuja bandeira participou Fernão Dias, tinha exercido o mesmo múnus em 1633. Borba Gato, genro de Fernão Dias Paes foi juiz ordinário até a sua morte em 1718, na Vila de Sabará.

Não restam dúvidas de que o Mestre de Campo Matias Cardoso e outros membros de sua expedição tinham poder judicante nas regiões que desbravaram.

Na medida em que as povoações foram surgindo e se expandindo, as relações entre os habitantes e tornam-se mais intensas, instala-se julgados e comarcas.

A primeira Comarca a ser instalada foi a de Serro Frio, em 1720, com sede na Vila do Príncipe, fator este fundamental para o processo de formação da sociedade norte mineira.

Compôs essa Comarca os municípios de Minas Novas, Diamantina, São Francisco, São Romão, Conceição do Mato Dentro, Guanhães, Peçanha, dentre outras.

Inclui-se acima, o arraial “Das Formigas”, que se tornaria o município de Montes Claros.

Os municípios originais, ao longo do tempo, foram sendo desmembrados e se transformaram em sedes de comarcas. Segue-se a exposição sobre a formação de algumas delas.

Ainda em 1720 foi criado o Julgado de São Romão, que viria a se converter na Comarca de São Francisco em 1831, cuja sede era São Romão.

Minas Novas foi elevada à vila em 1729 e Comarca do Jequitinhonha em 1840.

A Vila de Conceição (depois Conceição do Mato Dentro) foi elevada em 1840 e instalada em março de 1842, depois elevada a Comarca do Rio Santo Antônio em 1876.

Rio Pardo, depois Rio Pardo de Minas, foi elevada à Vila em 1831 e instalada a Comarca de Rio Pardo em 1858. Antes, pertenceu à Comarca de Serro Frio até 1840, passando a compor, a partir de então, a Comarca do Jequitinhonha até a sua instalação enquanto Comarca.

Tijuco, depois Diamantina, foi elevada à Vila em 1831 e instalada em 04 de junho de 1832, instalada a Comarca de Diamantina em 1872.

São Francisco e São Romão são as que causam maior equívoco. É que o Julgado de São Romão, como dito acima, foi instalado em 1720 e o Município de São Francisco em 1831. Entretanto, a sede do município era São Romão, assim, foi instalada a Comarca de São Francisco no mesmo ano, com sede em São Romão em razão do apoio dado pelos habitantes de São Romão à insurreição do gado, questão que não cabe discutir aqui. A Comarca de São Francisco, com instalação da sede no Município de São Francisco só viria a acontecer em 1889.

A região de Salinas foi desbravada pela Bahia e com a descoberta do sal, produto escasso na época, expandiu-se com a criação de gado e surgimento das primeiras casas em 1711. Fez parte da Comarca de Serro a partir de 1720. Foi distrito de Rio Pardo de Minas a partir de 1833, sendo elevada a Vila em 1880 e a cidade em 1887 com o nome Santo Antônio de Salinas. Em 16 de junho de 1892 foi instalada a Comarca de Santo Antônio de Salinas. A cidade teve o nome alterado para Salinas em 07 de setembro de 1923.

Já foi dito que o Arraial das Formigas surgiu a partir da fundação da fazenda de Montes Claros pelo Alferes Antonio Gonçalves Figueira, em 1707.

Gonçalves Figueira foi membro da expedição de Matias Cardoso e um de seus comandantes. Após a guerra contra os índios, resultando em mortes, prisões e escravização dos sobreviventes, com partilha entre os membros da expedição, Gonçalves Figueira teria comunicado a sua decisão de permanecer na região, o que

foi feito também pelo próprio Matias Cardoso e seu filho o Coronel Januário Cardoso.

O Arraial das Formigas, primeiramente pertenceu à Comarca do Rio das Velhas (1714), que estava inserida na Capitania da Bahia e só mais tarde veio a integrar a Comarca do Serro (1763), com a criação do julgado do Rio das Velhas, do qual foi desmembrada para integrar a Comarca de São Francisco, cuja sede era em São Romão (1820).

Em face da construção de estradas para Serro, Sabará e a hoje Pitangui, abasteceu e alimentou as minas com o gado criado no sertão.

No ano de 1831 a Vila do Príncipe (Serro), é elevada à Vila das Formigas. Tornou-se Paróquia em 1832 e em 03 de julho de 1857 em cidade com o nome de Montes Claros.

Em 14 de novembro de 1866, foi criada a Comarca de Jequitaiá, formada por Guaicuí e Montes Claros, desmembradas da Comarca de São Francisco. Pela Lei nº 3.451 de 01 de outubro de 1887 Montes Claros foi instalada enquanto Comarca.

O primeiro magistrado, Jerônimo Máximo de Oliveira e Castro, de Montes Claros tomou posse em 22 de julho de 1834 que, embora nomeado juiz municipal, teve reconhecido o seu diploma de juiz de direito interino da Comarca.

Quando da criação da Comarca de Montes Claros em 1887, era juiz de direito, desde 1885, João Batista de Carvalho Drumond, transferido para Itabira em 1889.

A Comarca de Montes Claros foi classificada como de segunda entrância em 13 de novembro de 1891, pela Lei nº 11 e era composta pelos municípios de Montes Claros e Contendas (Bocaiúva), entretanto, foi reclassificada como de primeira entrância em 19 de novembro de 1903 pela Lei nº 375.

Foi classificada novamente, como Comarca de segunda entrância pela Lei nº 840, de 29 de setembro de 1922 e passou a ser comarca de terceira entrância em março de 1954.

Em face de ter se tornado um entreposto comercial, a cidade cresceu muito entre a primeira e segunda metade do século XX, tornando-se um centro do norte de minas, com suas escolas de ensino fundamental, médio e superior; hospitais, etc., que a transformou na maior Comarca do Norte de Minas, elevada a Comarca de entrância especial em 2002, mesmo nível de Belo Horizonte, juntamente com Uberlândia, Ipatinga, Uberaba, Juiz de Fora, Contagem e Betim.

Note-se que a formação do Judiciário guarda estreita relação com o desenvolvimento e conformação da sociedade norte mineira.

A Comarca de Montes Claros, a título de elucidação, ganha existência a partir da função abastecedora de sua sede em relação às outras regiões do Estado, visto que, até então, era apenas componente de outras Comarcas.

Em etapa posterior, com a chegada da ferrovia e transformada em entreposto comercial, torna-se comarca de segunda e depois, terceira entrância.

Finalmente, com a criação de escolas de ensino fundamental, médio e cursos superiores (universidades, faculdades e institutos de ensino), inclusive quatro cursos de direito, passa a pólo universitário e estudantil, promovendo maior fluência humana e gerando um centro de intelectualidade. Assim, a Comarca é elevada a entrância especial.

A estrutura atual do Judiciário Estadual no Norte de Minas, por sua vez, já foi posta no primeiro capítulo.

O que se pretende é tão somente, através da história da formação de algumas Comarcas; exemplificar a formação do Judiciário, tendo como marco inicial a instalação da Comarca de Serro Frio e demonstrar a relação estreita entre a formação da cultura e povoamento da região norte e a instalação e expansão do Poder Judiciário Estadual norte mineiro.

É destacada a Comarca de Montes Claros por ser a maior da região e a única de entrância especial.

5.4 Dados estatísticos importantes

Embora este trabalho não tenha como base a pesquisa de campo, é importante ressaltar alguns dados estatísticos que subsidiam a construção necessária a esta produção científica.

5.4.1 Dados do Conselho Nacional da Magistratura

Segundo consta no site do Conselho Nacional de Justiça, dos processos julgados no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em primeira instância, apenas 9,3% chegaram à instância superior em face da interposição de recurso, no ano de 2008, sendo que destes, apenas 8,9% foram providos.

Isto significa que mais de 90% das decisões de primeira instância não enfrentam qualquer tipo de recurso e encontram seu fim na primeira instância.

Wellington Luzia Teixeira, em artigo publicado no jornal “O Estado de Minas” de 29/12/2010 expôs com precisão que “Acontece que a maioria das ações nascem, vivem e morrem na primeira instância, onde o juiz luta com uma série de dificuldades.”

O mesmo site informa que existem 119 magistrados de segundo grau (desembargadores) e 871 magistrados de primeiro grau (juízes de direito), dos quais menos de 49 estão lotados no norte de Minas.

Os juízes mineiros proferem sentenças em 94,7% dos casos novos submetidos à sua apreciação, o que totalizaram 1.693 sentenças em 2008.

Daí, pode se extrair de pronto, duas conclusões: a) o excesso de recorribilidade é um mito, pelo menos em termos percentuais, assim como o excesso de litigiosidade do jurisdicionado mineiro; b) que a maioria das ações tendo o seu fim em primeira instância, existe um mundo de verdades jurídicas que permanecem no limbo, ou são desconhecidas do rol de divulgação nos meios jurídicos e de comunicação em geral.

Expandindo um pouco mais a segunda conclusão, pode ser dito que a maioria da produção judicial da Justiça Estadual Mineira é desconhecida tanto quanto ao seu desfecho quanto no que diz respeito ao seu sistema construtivo.

Considerando que os dados percentuais constantes do mesmo site, em relação aos demais órgãos do Judiciário Nacional, guardam proximidade com os aqui mencionados sobre o Judiciário do Estado de Minas Gerais, poder-se-ia, fazer uma projeção quanto à atuação numérica do Poder Judiciário no País.

5.4.2 Pesquisa com magistrados Mineiros

Não restam dúvidas de que o juiz de direito, conforme já mencionado no primeiro Capítulo, tem uma formação basicamente tecnicista e positivista, tanto em face da formação recebida na maioria dos cursos de direito quanto pela forma que se faz a seleção dos magistrados.

Daí, que a observação de sua forma de atuar é importante para uma análise científica da produção judicial, já que ele é o prolator de decisões definitivas em mais de 90% dos casos levados à apreciação da Justiça Estadual de Minas Gerais.

Em face disso, utilizamos, a pesquisa levada a efeito em 2009, pela Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes e sob a consultoria da Fundação Getúlio.

Na pesquisa, que foi publicada em 2009, nota-se uma grande distância de opiniões entre os juízes de primeiro grau e os magistrados de segundo grau.

Os juízes anseiam por um novo Estatuto da Magistratura, com um viés mais democrático e gostariam de uma relação mais igualitária com a instância superior e órgãos diretivos do Tribunal, inclusive com a eleição de seus presidentes e vice-presidentes.

Além disso, divergem da forma de escolha dos ministros do Superior Tribunal de Justiça, que, em seu entendimento, não observa a proporcionalidade do quinto constitucional, razão pela qual, gostariam que tal questão fosse disciplinada por um novo Estatuto da Magistratura.

Entendem, em sua maioria, que o Conselho da Magistratura invade a competência dos Tribunais quando pretende disciplinar questão relativa aos juízes de paz.

Os juízes, por exemplo, são mais resistentes ao nepotismo que os desembargadores, o que pode demonstrar uma diferença ideológica entre gerações de magistrados.

Enquanto os desembargadores se mostram otimistas com a súmula vinculante, os juízes se mostram neutros com relação a ela, ou não a recebem como algo a contribuir positivamente para o seu trabalho.

Os juízes são muito pessimistas com relação ao sistema de promoção por merecimento, o que demonstra desconfiança quanto à justiça dos critérios utilizados.

Uma consequência direta de tal manifestação é um distanciamento ético e ideológico entre a primeira e segunda instâncias, sem falar nos tribunais superiores, o que resulta em desconfiança quanto à importância para a orientação de suas decisões, tendo em vista a jurisprudência daqueles tribunais.

Os juízes de direito entendem, em sua maioria, que os ministros dos tribunais superiores se expõem demais na mídia e que suas decisões são, em muito, influenciadas pelos órgãos de comunicação.

Para eles, também em sua maioria, a segunda entrância deveria ser interiorizada, com instalação de câmaras regionais do Tribunal de Justiça.

São contrários á participação de juízes em “cursinhos”, bem como qualquer outra que absorva as suas horas de trabalho, mas por outro lado, não acreditam que os juízes devam ter horário fixo de trabalho.

São a favor de cursos de capacitação e atualização a serem oferecidos pelas Escolas Judiciais, conforme determinação do Conselho Superior da Magistratura.

Os juízes são extremamente pessimistas quando se fala em sua segurança pessoal, recursos para o exercício da profissão, acúmulo de trabalho, número de servidores á disposição para o serviço de apoio, relacionamento interno com o tribunal, mas muitos entendem que os seus vencimentos são compatíveis com a realidade nacional e é considerado satisfatório.

Por outro lado, os juízes acreditam que os jurisdicionados, em geral, ficam satisfeitos com as suas decisões, o que poderia ser corroborado pelo baixo percentual de recorribilidade. Todavia, a baixa recorribilidade pode estar vinculada a uma descrença com o Poder Judiciário como um todo e o baixo índice de reformas que em 2008 era de apenas 8,9%, pode levar ao desalento quanto às reais possibilidades de que o recurso seja provido, levando a parte a avaliar negativamente a validade de investimentos com custas de preparo e honorários advocatícios pela atuação em segunda instância, dentre outras despesas, optando em face disso, pelo não aviamento de recursos.

O que ressalta em importância para este trabalho, é a distância entre as posturas e opiniões entre juízes de direito (juiz monocrático) e desembargadores e, mais ainda, seu distanciamento ideológico dos órgãos de cúpula, quer seja do Tribunal que compõem, bem como dos Tribunais Superiores.

Eis aí, o principal fundamento para se questionar quanto a legitimidade das decisões proferidas em primeira instância, no que concerne ao seu processo construtivo, tendo em vista que pelo que se depreende, mais de 90% das decisões não são revisadas pelas instâncias superiores.

Também não se sabe se estas decisões se coadunam com as diretrizes doutrinárias ou jurisprudenciais dos Tribunais Superiores.

Considerando que o juiz monocrático vive ou deve viver entre os seus jurisdicionados e é ele o responsável pela formação do processo do qual o Tribunal pode, em face de um recurso, efetuar a revisão, sem, contudo, produzir a construção através da dialética direta com as partes e procuradores, é de se perguntar se tais decisões encontram legitimação no sistema utilizado para a sua construção.

Além disso, considerando a formação dos juízes monocráticos, é de se questionar se a estrutura técnico-positivista permite uma prática discursiva no processo, bem como quanto a sua validade, alcance e limites.

Diante desses questionamentos, deve emergir também, a questão quanto à proteção dos direitos fundamentais, em especial, a Jurisdição pelo juiz monocrático, sob o balizamento do princípio da dignidade humana, como dito anteriormente.

Para tanto, antes, é necessária uma análise das respostas dadas pelos juízes norte mineiros a um questionário a que se submeteram voluntariamente, a fim de contribuir com a pesquisa.

5.4.3 Questionário Respondido pelos Juízes Atuentes no Norte de Minas

Conforme dados obtidos pelo Conselho Nacional de Justiça e pela pesquisa da Escola Judicial Edésio Fernandes do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, foi elaborado e encaminhado aos Juízes de Direito que atuam na região Norte do Estado, um questionário para que fossem feitas as análises que se seguem.

Foram respondidos os questionários por quinze juízes.

Verifica-se, em primeiro lugar, que a maioria dos magistrados que responderam ao questionário são norte mineiros ou vieram para cá muito jovens, razão pela qual tem sua formação cultural ou seu acultramento operado na região.

Além disso, a maioria estudou e se bacharelou em Montes Claros, pela Universidade Estadual de Montes Claros - UNIMONTES.

Apenas um entre os entrevistados tem outro curso superior além do curso de direito, mas não guarda relações com ciências sociais ou humanas (engenharia elétrica). O referido magistrado, também é um dos poucos que veio de outra região, Rio de Janeiro, onde se formou.

Todos os magistrados foram unânimes em afirmar que não se utilizam de nenhuma prática hermenêutica em particular, sendo que houve resposta no sentido de uma apreciação tecnicista do processado.

Não houve qualquer menção, a práticas argumentativas ou discursivas quanto à construção da decisão judicial ou de uma interação maior com os envolvidos para descortinar uma resultante que esteja em consonância com anseios dos destinatários do provimento judicial.

Os magistrados em comento demonstram, ainda, acreditar no tecnicismo e em uma decisão solitária, embora, tecnicamente observem as normas procedimentais e processuais em vigor.

Os mesmos demonstraram, também, em consonância com a pesquisa realizada pela Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes e Fundação Getúlio Vargas, distanciamento dos tribunais superiores embora todos admitam alguma influência das decisões daqueles tribunais sobre as suas, ainda que variantes entre “pouca” ou sem opinião definida (seis juízes, que correspondem a 40% dos entrevistados) e “muita” (nove juízes que correspondem a 60% dos entrevistados).

Curiosamente, os magistrados que estão ligados, de alguma maneira, à vida acadêmica, se mostraram menos influenciados pela jurisprudência dos tribunais superiores, o que pode ser resultado de uma postura mais crítica em relação a tais órgãos, como resultado de sua prática acadêmica que lhes permite maior participação ou proximidade em debates, pesquisas e programas de produção científica.

Verifica-se, que os juízes encontram-se em um estado de quase isolamento intelectual e cultural, o que pode ser um sintoma negativo quanto à legitimidade e validade de suas decisões, sem contar o prejuízo causado à sua psique e qualidade de vida.

O confinamento intelectual e cultural, bem como o comprometimento da qualidade de vida de qualquer profissional, pode comprometer a sua produção, quanto mais quando se trata de decisões judiciais.

Pode-se atribuir tal situação às antigas políticas dos tribunais, que compreendiam o distanciamento como uma condição necessária para se evitar influências e garantir a imparcialidade do juiz.

Entretanto, uma visão moderna entende imparcialidade como equidistância e igualdade de possibilidades argumentativas e discursivas para ambas as partes (incluindo-se a igualdade de oportunidades probatórias).

5.4.4 Comentários sobre os dados pesquisados

Embora alguns comentários já tenham sido tecidos acima, convém, em item separado, examinar algumas questões.

Não se pretende menosprezar a formação técnico-científica neste trabalho, o que seria um contra senso, mas tão somente elevar a uma categoria de modernidade, em face dos mais recentes posicionamentos doutrinários, sobretudo, sob a ótica de um novo constitucionalismo adequado ao Estado Democrático de Direito.

Este trabalho parte do pressuposto de que a norma jurídica ou o sistema jurídico está legitimado quando se origina do sistema normativo social.

Segundo Habermas, a racionalidade da decisão depende da legitimidade do direito vigente. Por conseguinte, a base da filosofia do direito e da normatividade encontra-se na sociedade contemporânea, ou nas verdades construídas pela sociedade a que se destina a norma a ser aplicada.

Daí porque a construção da decisão judicial, em particular a do juiz singular, deve ser concebida como um empreendimento comum entre o magistrado e os destinatários da decisão, sustentada pela comunicação pública dos cidadãos.

A visão acadêmica, portanto, tem se direcionado para uma interatividade entre os operadores do direito e os reais destinatários da norma, para uma construção normativa e aplicativa com uma melhor pretensão de correção.

Essa pretensão de correção se assenta em uma verdade construída pelos interessados quando se trata da norma. No que se concerne a sua aplicação, esta participação é sem dúvida, importante, principalmente quando se tem em vista que para Habermas, o direito de participação na construção normativa e aplicativa é o direito fundamental entre os direitos fundamentais.

Há que se considerar que a mobilidade e instabilidade de valores em uma sociedade pós-moderna, marcada pela angustia da mutabilidade constante; questão muito bem detectada pela filosofia exige mais ainda que a verificação das verdades construídas seja uma constante, a fim de maior garantia da pretensão de correção que deve conter tanto a construção da norma quanto à sua aplicação.

Não se concebe, atualmente, uma filosofia do direito que não seja social, ou uma filosofia social do sistema jurídico contida por um “modelo social do direito”.

Esta posição habermasiana converge com a postura de Alexy de que a norma fundamental que sustenta todo o ordenamento jurídico tem natureza social e não jurídica.

Habermas (2004, p. 291), aliás, neste aspecto concorda com Alexy quando este afirma que “para atingir uma teoria do discurso jurídico, capaz de englobar

essas condições (da racionalidade da legislação), seria necessário passar da teoria do discurso racional prático para uma teoria da legislação e, desta para uma teoria da normatividade social”.

Dworkin, por sua vez, pretende a libertação do juiz Hércules através do direito que entende este jurista ser um meio de integração social Habermas (2004, p. 277).

Em face disso, a decisão judicial deixa de ser vista como um ato isolado, meramente técnico, para ganhar nova leitura em face do neo-constitucionalismo para ser ato resultante de processo interativo, comunicativo, fundado em uma hermenêutica delineada pela constituição e balizada pelo princípio da dignidade humana, levando-se em consideração o caráter de direito fundamental da jurisdição.

Quanto ao que vem ser liberdade comunicativa, Habermas concorda com Günther: “

como a possibilidade – pressuposta no agir que se orienta pelo entendimento – de tomar posição frente aos proferimentos de um oponente e às pretensões de validade aí levantadas, que dependem de um reconhecimento intersubjetivo. (HABERMAS, 2003, p.155)

Por isso, uma das funções implicitamente detectadas na produção judiciária encontra-se na garantia da observância do princípio da dignidade humana e da jurisdição sob a ótica de um direito fundamental.

Entretanto, não há como olvidar, em face dos dados analisados, que esta transição ainda não foi realizada pelos operadores do direito, especificamente neste trabalho pelos magistrados, de uma postura jupiteriana para uma mais democrática, variando entre Hércules e Hermes.

A verdade é que o Estado Democrático de Direito brasileiro está apenas com vinte e dois anos de vigência e, com certeza, nenhum magistrado em atividade atualmente nasceu sob a sua égide, tendo o seu caráter formado nos anos de chumbo, sofreu a repressão restritiva á sua liberdade democrática e sobre a sua formação política e cultural.

Muitos fatores, além do mencionado acima, contribuem para dificultar este exercício discursivo, argumentativo e interativo no meio dos juízes, dentre eles: a) a recente transição democrática em um país em que nunca se viveu plenamente a democracia; b) uma formação acadêmica positivista; c) a inserção em uma estrutura judicial arcaica, antidemocrática, burocrática e burocratizante; d) uma cultura, ainda presente de isolamento, quase alienante dos juízes em relação à comunidade em

favor da qual atuam e, e) a falta de uma política de aproximação dos magistrados com a sociedade, comunidade acadêmica, bem como a de uma política de cursos que priorizem uma visão sócio-humanística das escolas judiciais ao invés de cursos tecnicistas, que priorizam o procedimentalismo judicial.

Pode-se questionar a falta de recursos humanos e materiais do Poder Judiciário como um dos fatores a ser elencado acima. É admissível que se o magistrado singular tivesse maior apoio, tanto quanto a recursos materiais e humanos; contando com um número maior de juízes por habitante e um número de processos, haveria de poder empreender com maior profundidade a tarefa construtiva decisória, bem como o apoio logístico, tais como tecnologia de gravação das audiências e debates permitiria maior fidedignidade quanto aos registros de seu conteúdo.

Entretanto, nada disso traria avanço radical se os juízes não tiverem profunda formação tanto jusfilosófica quanto social e humana.

Tudo isso demonstra que os juízes singulares, em especial os que atuam no norte de Minas, não adotam qualquer prática hermenêutica específica ou metodizada e, portanto, menos ainda, uma conduta discursiva que leve a uma interatividade na construção da decisão que lhes outorguem a segurança jurídica que a construção comum poderia proporcionar aos seus julgados.

O povo norte mineiro, por sua vez, tem uma formação singular e muito própria. Em face disso é necessária maior inteiração entre julgadores e jurisdicionados. A fusão de horizontes, que permita a aplicação adequada da norma jurídica ao caso concreto, efetuada mediante prática discursiva, permite a detecção da resposta correta em cada caso e em momento histórico e social correspondente.

5.4.4.1 Fatores relativos às dificuldades da prática discursiva interativa no Poder Judiciário

5.4.4.1.1 A recente transição democrática

O Brasil, no que diz respeito à democracia e ao regime republicano, teve uma trajetória de instabilidade e interrupções, passando pelo Estado Novo e pelo Estado de Segurança de 1964 que perdurou até a vigência da atual Constituição.

Durante esse último período de exceção à vida democrática, o Poder Judiciário, como posto no Capítulo I, teve suas atribuições e competências reduzidas.

Os Juízes que ingressaram naquele período fizeram sua carreira praticamente sob a égide dos Atos Institucionais. Os que foram inseridos no Judiciário a partir da década de 1980 até a atualidade, tiveram sua formação política, educacional, profissional e cultural, moldadas no mesmo período.

Para finalizar este item, a legislação que regula o Judiciário Nacional a LOMAN – Lei Orgânica da Magistratura Nacional, promulgada naquele período e com a marca do autoritarismo da época, continua em vigor, dificultando ainda mais a transição entre um Judiciário manietado para outro democrático e dialético.

5.4.4.1.2 Formação acadêmica positivista

Não só os magistrados que estão em atividade, bem como a maioria dos operadores do direito, ainda tiveram uma formação estritamente positivista, sem falar no desprestígio com que era tratado o constitucionalismo durante os períodos de exceção em que foram formados.

Muitos desses profissionais, até por uma questão ideológica ou política, optavam por desconhecer a Constituição autoritária e ilegítima, contudo, em muitos casos, tal práxi vem se prolongando, ainda que diante de outra realidade política e jurídica. É possível que uma aproximação mais estreita entre o Judiciário e os meios acadêmicos possa proporcionar um avanço neste aspecto.

5.4.4.1.3 Inserção em uma estrutura arcaica e burocratizante

A estrutura atual do Judiciário é arcaica e burocrática no sentido menos técnico da palavra “burocracia”. Ainda que o magistrado que se incorpore ao Judiciário tenha proposições mais avançadas quanto à forma de administração da justiça, este será confrontado com esta estrutura que, além de burocrática é burocratizante, pois imporá a ele e aos demais interessados, uma série de procedimentos e obstáculos que tornará mais difícil a realização de uma administração judicial em consonância com a contemporaneidade.

5.4.4.1.4 A cultura do isolamento

Durante muito tempo, o Judiciário cultivou uma cultura de isolamento de seus membros que tem raízes nos primórdios de sua formação¹⁶. O recente período de exceção, em face do interesse de se manter o Juiz longe da comunidade, tornou tal conduta mais intensa e rigorosa. O isolamento se fundamentava na premissa de que era uma forma de assegurar a imparcialidade do magistrado e de seus julgados.

Atualmente, esta visão está superada, visto que a imparcialidade se apóia na equidistância processual, na igualdade de oportunidades de alegação, argumentação e demonstração, na análise profunda e completa das alegações e argumentos apresentados, bem como análise de adequação das normas aplicáveis ao caso concreto. Em suma, trata-se de equanimidade, igualdade de possibilidade participativa e interativa das partes em observância dos princípios constitucionais em vigor.

Entretanto, culturalmente é mais difícil, tanto para os habitantes de determinada comarca quanto para os magistrados se adaptarem a uma realidade de convívio mais próximo. Tal situação só pode ser superada por um apoio sócio-humanístico das instituições envolvidas como o Judiciário, Legislativo, Executivo, OAB, universidades, associações, profissionais e escolas.

5.4.4.1.5 Falta de aproximação com a comunidade acadêmica e de cursos que priorizem uma visão sócio-humanística

Nos dias atuais, o Judiciário e a Comunidade Acadêmica têm mantido uma conduta de afastamento recíproco, permeada muitas vezes, por críticas e preconceitos.

A aproximação entre as instituições, com a convivência entre os seus membros, mantendo-se um dialogo racional entre os seus componentes, e a percepção das contingências de cada qual, pode gerar uma fusão de horizontes e proporcionar uma resultante que beneficie toda a sociedade, bem como a elaboração de cursos conjuntos a fim de atualizar os magistrados quanto às teorias postas e em desenvolvimento; permitindo-lhes a formação de uma conduta pragmática construtiva e racional.

¹⁶ Vide Capítulo I sobre os magistrados/sacerdotes da antiguidade

Além disso, toda convivência permite o exercício democrático. Assim, os cinco obstáculos apontados à implantação de teorias hermenêuticas constitucionalistas, discursivas e argumentativas; podem ser solucionados através de políticas formadoras, informadoras e integrativas.

5.5 Riscos que podem ser apontados em face das Teorias Argumentativas e Discursivas

É possível que algumas críticas e objeções sejam apontadas quanto à aplicação de teorias argumentativas ou discursivas na construção das decisões judiciais, inclusive numa condução participativa do processo de construção de tais decisões.

A primeira delas diz respeito ao subjetivismo de tais teorias aplicadas que poderia levar o juiz a se arvorar em criador do direito ou decidir de acordo com suas convicções pessoais, políticas, culturais e ideológicas; ignorando o sistema normativo em vigor.

A segunda, consequência seria o risco de se criar tantos sistemas jurídicos quantos juízes existirem, tornando incompreensível e confusa a Justiça, impossível até de se fazer um estudo científico, bem como de ser operacionalizado nos foros.

A terceira objeção poderia sustentar que um processo com uma participação mais dialética e discursiva, nestes termos, poderia levar a uma crise de autoridade e comprometimento da imparcialidade do magistrado. A possível perda do controle acarretaria, inclusive, infundáveis discussões sem nunca chegar a um termo, comprometendo o princípio da duração razoável do processo, dentre outros.

O Juiz, ao se aproximar dos interessados em um processo dialético, perderia a autoridade e imparcialidade que lhe confere certa aura mística do distanciamento.

A quarta poderia se assentar no pluralismo cultural do Brasil, sua heterogeneidade que impediria uma decisão satisfatória para todos os envolvidos.

A quinta objeção diz respeito a uma possível pluralidade de decisões distintas para casos semelhantes, em face dos diálogos traçados entre partes e juízes distintos, comprometendo o princípio da segurança jurídica nos julgamentos.

A sexta diz respeito à incompatibilidade de tais doutrinas e a realidade nacional, o que com certeza, inclui Minas Gerais e a região norte.

Outras objeções são possíveis, posto que o intelecto humano está sempre em atividade, sempre investigando e apontando soluções, criando novas questões a serem respondidas. Todavia, estas objeções parecem básicas e outras imediatamente levantadas, provavelmente, seriam variáveis ideológicas das já mencionadas.

Assim, passamos para as objeções postas acima.

5.5.1 Respostas às objeções mencionadas

5.5.1.1 Subjetivismo das Teorias Discursivas

Tal alegação não tem muita sustentação, visto que todas as teorias são fundadas em bases filosóficas sólidas e desenvolvidas mediante pesquisas que foram racionalizadas.

Além do mais, toda teoria jusfilosófica tem certa dose de subjetivismo da qual não se pode escapar e dizer que a interpretação literal da norma é mais segura e não guarda dose de subjetivismo é um engano, pois, quem faz uma análise literal da norma a interpreta e é ela que vai ditar a literalidade extraída de sua leitura que é resultado da compreensão do significado do que está escrito, pois, segundo Freud e Lacan as palavras são significantes e o significado é dado por aquele que as pronuncia ou as recebe.

Entretanto, na prática discursiva os riscos são menores, tendo em vista que a verdade é construída em um empreendimento comum que envolve todos os interessados, proporcionando maior segurança quanto à verdade que resulta desta construção.

Além do que, o discurso não é aleatório, mas racional e marcado por um regramento desenvolvido cientificamente. Qualquer violação disso gerará uma decisão sem legitimidade, que pode ser invalidada como qualquer outra que viola o sistema jurídico.

5.5.1.2 Risco de criação de diversos sistemas jurídicos

A objeção de que o juiz se tornaria um criador da norma, gerando, portanto, tantos sistemas quantos juízes existirem, todos incompreensíveis e inconciliáveis entre si, também não se sustenta.

Em primeiro lugar, o discurso jurídico encontra limitações na norma construída com base no discurso de fundamentação, razão pela qual, o juiz não pode ser o criador do direito.

Além disso, como dito em outro tópico, as práticas argumentativas e discursivas tem um regramento próprio e devem sempre se pautar pela racionalidade.

A argumentação jurídica, por sua vez, deve se valer do sistema de persuasão racional, posto por Perelman e acolhido pelas teorias das decisões jurídicas mais modernas, o que impede o arbítrio.

A advertência de Voese (2009), quanto á utilização da argumentação por juízes ao decidir primeiro e posteriormente utilizar da argumentação para justificar a sua decisão, é um desvirtuamento do instituto, que pode ser evitado justamente pela prática discursiva racional que está calcada na construção conjunta da decisão jurídica.

Na verdade, a advertência de Voese, é bem vinda, todavia, convém notar que essa prática é mais facilmente utilizada por um juiz “Júpiter”, do que, por exemplo, um juiz “Hermes”, que se vê dialogando com as partes, ouvindo-as e ponderando ou sopesando seus argumentos em face das provas.

Naturalmente, tal estado de coisas só seria plausível se houvesse ausência de regramento de normas jurídicas válidas e de racionalidade na aplicabilidade da lei.

A utilização de um discurso de aplicação só poderia gerar decisões frágeis se o ordenamento jurídico fosse composto de normas ilegítimas ou inválidas, caso em que o risco não seria gerado pela prática discursiva e argumentativa, mas pela ausência de norma válida que corresponda às pretensões de correção dos destinatários que, neste caso, não teriam participado de sua formação.

5.5.1.3 Crise de autoridade e imparcialidade

Muitos podem alegar que a aproximação do magistrado com os interessados pode gerar uma crise de autoridade ou mesmo comprometer a imparcialidade dos julgamentos.

Na verdade, a aproximação dialética, que permite as partes de forma igualitária, participar da construção da decisão jurídica com observância do

regramento próprio e das fases argumentativas e discursivas, empregando-se a persuasão racional, não põe em risco a imparcialidade, pelo contrário, assegura as partes o conhecimento pleno do processo de formação da decisão e, portanto, a certeza da equidistância e da adequação da decisão.

Entretanto, se faltar lisura, em face desse mesmo instrumental, os interessados terão como demonstrar a invalidade de uma decisão destituída da lógica e da segurança que a construção conjunta conferiu ao julgador.

Quanto à autoridade do juiz na democracia, esta só se consolida, pelo exercício democrático. A autoridade do juiz e das suas decisões não se consolida pela força, mas pela racionalidade e transparência de suas decisões, resultante de um processo justo, construída enquanto um empreendimento comum, como disse Habermas.

O que se impõe pela força são o arbítrio e o autoritarismo, a autoridade em uma democracia se consolida pela legitimidade e tomada de decisões baseadas na participação democrática e na racionalidade.

5.5.1.4 Dificuldades de aplicação em face da pluralidade e heterogeneidade da população

O Brasil é um país diversificado quanto as questões étnicas, culturais, religiosas e política. Esta pluralidade e heterogeneidade são garantidas pela Constituição em vigor.

Entretanto, é justamente esta garantia da pluralidade como citada acima que exige dos legisladores maior consciência quanto à vontade popular no que diz respeito à formação das normas jurídicas e, por consequência, do julgador que estabeleça um diálogo com os interessados para a formação da decisão jurídica, a fim de assegurar o respeito as diferenças culturais, religiosas, étnicas, ideológicas e políticas, respeitando o disposto na Constituição.

É justamente sob este aspecto que o princípio da dignidade humana entra como balizador hermenêutico da construção da decisão jurídica, como garantidor do respeito às diferenças, produz o equilíbrio entre as partes através de um tratamento equânime á despeito, e até mesmo em razão das dicotomias existentes entre os interessados, quer seja de natureza cultural, étnica, religiosa, ideológica e política.

5.5.1.5 Pluralidade de decisões distintas entre si para casos semelhantes

Esta objeção se assemelha a alegação de construção de sistemas jurídicos distintos, mas menos agressiva que a anterior.

Se a decisão é construída pelas partes através da ação comunicativa, levando-se em conta não só a técnica jurídica, mas questões sociais (cultura, religião, ideologia, política, tradição, arte, etc.), valores constitucionalmente protegidos e que merecem ser considerados serão levados em conta no discurso racional, mas sem excluir uma fusão de horizontes.

O que realmente se espera do juiz na aplicação do direito diante de um caso concreto é a especificação de sua decisão adequada á aquele caso que se diferencia de qualquer outro.

Entretanto, casos absolutamente idênticos, tendo em vista a racionalidade do discurso, provavelmente encontrarão resultados semelhantes ou aproximados.

Porém, esta objeção é irrelevante, porque mesmo que não seja assim, o que importa é que a decisão seja legitimada pela construção comum entre interessados e juiz, mediante o discurso racional dentro dos parâmetros e regramentos que este impõe inclusive no que se refere ao sistema jurídico.

5.5.1.6 Incompatibilidade das Teorias Argumentativas e Discursivas com a realidade nacional

Alguns doutrinadores entendem que as teorias discursivas e argumentativas são incompatíveis com a realidade nacional. Entendem que a teoria do agir comunicativo foi desenvolvida na Alemanha e que não tem aplicabilidade no Brasil, em face da disparidade cultural e política entre os dois países.

Esta objeção também pode ser afastada, pois, a intelectualidade nacional assim como a ocidental, recebe influências das mais diversas teorias surgidas na Europa, em especial, nas Ciências Jurídicas.

Montesquieu, Rosseau, Descartes, Locke, Hobbes, Kant, Kelsen, Hart, Bobbio e outros influentes pensadores; sem falar nos filósofos gregos, desenvolveram suas teorias na Europa, onde nasceram e viveram.

Entretanto, isso não impediu que o princípio da separação dos poderes, por exemplo, fosse adotado no Brasil, assim como outros aspectos das teorias desenvolvidas por jusfilósofos internacionalmente reconhecidos.

Curiosamente, tanto Habermas quanto Alexy, já estiveram no Brasil e, inclusive, o último, escreveu textos específicos para este País.

Além do que, a teoria do agir comunicativo tem respaldo na crença universal de que o homem é um animal político e, portanto, comunicante e comunicativo por natureza.

Lacan, como já foi dito, acredita que o homem como se encontra, se forma pela linguagem. É a linguagem, a comunicação que cria o intelecto e as vertentes culturais como nós conhecemos.

Considerando a visão freudiana e Lacaniana, a linguagem e a comunicação são elementos universais e essenciais à formação do homem e da sociedade, portanto, o exercício da ação comunicativa não é restrito ou exclusivo de determinado grupo social.

Para corroborar tal afirmação, pode-se tomar como referência o Professor David Bohm (2005), físico quântico que tinha no diálogo um meio adequado para ampliação e revelação da consciência.

Bohm acredita que com a formação de um grupo dialógico de pessoas diferentes (culturalmente), no curso do diálogo essas diferenças se tornariam tênues e que as diferenças seriam superadas em face de um entendimento da natureza da realidade em geral e da consciência em particular, como uma totalidade coerente, independentemente do tópico ou tema do diálogo.

Bohm, define diálogo diversamente de discussão, como o emprego da palavra por mais de um, valendo-se da etimologia da palavra que tem origem no idioma grego (logos = palavra; dio = dois).

Assim, pela própria física quântica, o diálogo é visto como uma forma de conscientização e de solução de problemas comuns, bem como superação de diferenças e de problemas, em busca de um senso de realidade conjunto.

Diante de uma visão de ciências tão diversas tais como psicologia, psicanálise, psiquiatria e física quântica a respeito do diálogo, da comunicação e das redes de convivência é de se deduzir a sua universalidade e essencialidade para o desenvolvimento humano, subtraindo-se qualquer tentativa de se conferir um caráter compartimentado, regional, étnico ou cultural.

Em síntese, as teorias comunicativas, seja qual for a terminologia utilizada por seus defensores em face da sua interdisciplinariedade, demonstram a sua universalidade, e a despeito de diferenças pontuais, guardam as seguintes questões

em comum: a comunicação linguística como fator de desenvolvimento humano; a racionalidade do discurso ou diálogo; o regramento do discurso; a participação de todos os interessados, ainda e, principalmente, se houver diferenças entre eles (cultural, ideológica, etc.) no discurso ou diálogo em busca de uma verdade comum e a força legitimadora do discurso com a participação de todos os envolvidos.

Além do que, o diálogo e a busca da convivência e do consenso entre grupos e indivíduos distintos é da essência da democracia, razão pela qual considera-se contraditória a postura de quem defende os princípios democráticos mas nega a possibilidade da ação comunicativa, argumentativa e discursiva.

Em adaptação ao que foi dito por Alexy em relação à teoria da norma fundamental desenvolvida por Kelsen, pode-se afirmar também, que a possibilidade de uma teoria discursiva pragmática ser adotada pelos juízes brasileiros, não implica que esta tenha que ser nos exatos termos desenvolvidos por Alexy, Günther, Gadamer, Habermas, Perelman e outros.

Segundo Leite (2002), ao analisar a possibilidade de se aplicar o método tópico defendido por Viehweg, entende não ser este absolutamente aplicável à interpretação constitucional, porque este despreza o aspecto normativo da Constituição. Todavia, entende aplicável o método tópico de Konrad Hesse. Embora a obra mais conhecida sobre tópica seja a de Viehweg, seu maior defensor na modernidade, Salomão Leite, por sua vez, adota a tópica de Konrad Hesse para a interpretação constitucional.

Da mesma forma, a aplicação do discurso ao processo, como forma de construir a decisão judicial é possível, não estando, portanto, obrigado a fazê-lo nos termos de um autor determinado.

Alguns poderão alegar que o discurso aplicado ao processo poderia alongar a sua duração, tornando-o mais moroso do que já é. Ressalte-se que a ausência do discurso nunca tornou o processo mais célere e não se pode aceitar que a prestação jurisdicional seja marcada pela falta de credibilidade e legitimidade para se obter uma decisão mais rápida. O processo tem seu próprio tempo, e sua solução só pode vir depois de sua maturação. Wellington Luzia Teixeira expôs bem em artigo publicado no jornal "O Estado de Minas" de 29/12/2010:

Vivemos em uma sociedade complexa onde os meios de comunicação e a tecnologia nos levam a querer tudo muito rápido, mesmo sem sabermos ao certo para que tanta pressa.

Com o processo não pode ser assim. O Jurisdicionado e os profissionais do direito precisam ser esclarecidos de que o processo tem o seu próprio tempo. Da sua maturação é que nasce uma decisão correta, já que as partes precisam de oportunidade cômoda para contribuir e influir na decisão do julgador. Isto demanda tempo. Do contrário, ou seja, sem o devido processo legal, ou com a sua mitigação, criaremos dentro do processo um diálogo de surdos e dele sobrevirá uma decisão solipsista, marcada pelo arbítrio. Só com a participação das partes, em contraditório, ampla defesa e isonomia, chega-se a uma decisão judicial democrática. (TEIXEIRA, 2010, p. 02)

Assim, a duração razoável do processo diz respeito ao tempo necessário para que seja construída uma decisão madura, correta e democrática, sem os atropelos de um procedimento mitigador das garantias e direitos fundamentais.

5.6 O discurso, a Constituição Brasileira e os Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais são os direitos humanos constitucionalmente catalogados, o que ressalta a sua natureza democrática e republicana.

Entre os direitos e garantias que elegeram para sustentar sua força enquanto norma fundamental do Estado Democrático de Direito, estão o princípio da dignidade humana, o pluralismo, a liberdade política e religiosa, bem como o direito de estar em juízo postulando em face de lesões ou alegadas violações de direito (jurisdição).

Os direitos fundamentais, na Constituição de 1988, são aplicáveis de pronto, consoante o que dispõe o seu artigo 5º, parágrafo único. Esta afirmação está a ressaltar o caráter normativo da Constituição.

Temos, ao longo deste trabalho, destacado os limites jurídicos a que deve se submeter qualquer prática discursiva. Neste tópico, frisa-se que o discurso jurídico deve levar em conta o caráter normativo constitucional e a aplicabilidade dos direitos fundamentais como nela postos.

Não há que se olvidar o caráter balizador hermenêutico do princípio da dignidade da pessoa humana ao se traçar a mediação e condução da ação comunicativa no processo.

Sem a observância de tais condições, o discurso empreendido ao invés de legitimar a decisão poderá torná-la inválida. A aplicação do diálogo conduzido pelo juiz monocrático deve sempre partir do pressuposto de que as normas jurídicas que sustentam o Estado Democrático de Direito são legítimas e válidas em razão do discurso de fundamentação que as precedeu e que se baseia na norma fundamental social.

Com a observação desses requisitos, a utilização de uma teoria discursiva pragmática, em face da constituição é plenamente possível.

5.7 A prática Discursiva e Argumentativa e os juízes Norte Mineiros: A garantia dos Direitos Fundamentais em juízo

Diante do que já foi dito até agora, faz-se necessário analisar as possibilidades de aplicação de uma teoria discursiva pragmática pelos juízes de primeiro grau, sua conveniência e as perspectivas de influência no resultado, na decisão judicial.

Já foi mencionada as objeções à prática discursiva na esfera judicante bem como alguns modos de superar estes obstáculos.

Levantou-se possíveis objeções com relação a certas posturas doutrinárias, e tentamos demonstrar por argumentos, que elas podem ser vencidas.

Investiga-se a Constituição de 1988, para determinar a aplicabilidade de tais teorias ou de uma delas, sem ofensa à normatividade constitucional e entendemos ser possível.

Cumpramos agora, fazê-lo em face das circunstâncias específicas dos juízes e jurisdicionados da região norte do Estado de Minas Gerais.

5.7.1 O povo Norte Mineiro, seu conceito e o agir comunicativo

O conceito de “povo” que interessa a este trabalho é aquele apontado por Müller, “como todo aquele que mora aqui”.

Entenda-se para tanto, como “todo aquele que mora aqui”, como todos os habitantes permanentes ou eventuais, incluindo aqueles que passam pela região e aqui praticam atos ou se envolvem em situações que podem se transformar em conflitos judiciais.

Tal conceito é claro, amplia o leque de possibilidades de atuação em face de pessoas com percepções e crenças muito diversificadas e mesmo assim, não se pode olvidar o caráter e a cultura da sociedade que aqui se instalou.

Como já mencionado, a região norte de Minas Gerais foi povoada pelos criadores de gado que desciam as margens do Rio São Francisco, expandindo pastagens e rebanhos, trazendo consigo a cultura sertaneja, de habitar vastas áreas livres e de povoações distantes.

Em face da precariedade das condições de vida, impôs a solidariedade, tornando os encontros para atividades comuns em festejos e datas comemorativas, sem excluir as festas religiosas, já que o sertanejo é marcado por intensa e peculiar religiosidade.

O sertanejo trás a marca do trabalhador para o sertão e as regiões do cerrado, conforme delineado por Buarque de Holanda. A cultura sertaneja do Norte de Minas, salpicada pela cultura caipira, trouxe o tom da informalidade no trato, embora cortês e afável.

O contraponto foi á presença dos bandeirantes, combatentes dos índios que buscaram domar e que fundaram as primeiras povoações e fazendas. De nômades aventureiros fizeram-se senhores de terras e de uma vida agropastoril.

Os bandeirantes também foram os responsáveis pela introdução de uma justiça rudimentar, baseada em uma representação da Coroa, que foi se assentando e ganhando contornos mais definidos com a sua institucionalização na medida em que os assentamentos e povoados se formaram enquanto centros da vida comunitária regional, inclusive mercantil e intelectual.

Portanto, a síntese do povo Norte Mineiro se encontra na cultura sertaneja, pontuada pela caipira, contendo ainda, as duas vertentes de formação que Sérgio Buarque de Holanda aponta em todo o brasileiro: o aventureiro e o trabalhador, plenamente conciliados em uma mesma estrutura cultural.

Essa matriz se mantém neles, assim como se mantém nos demais brasileiros o paradigma aventureiro/trabalhador, marcada pela mestiçagem e cultura própria (cabocla, sertaneja, caipira, crioula, gaúcha).

Esse fator peculiar do habitante de determinada região, e neste caso, do norte deve ser conhecido pelo juiz, como bem leciona Gadamer. Suas tradições, cultura, etnia, arte e religiosidade devem ser conhecidas e consideradas em uma formulação hermenêutica, que não pode ser tão somente, tecnicista ou sistêmica.

A estrutura social de determinada comunidade tem que ser levada em conta no processo de elaboração da decisão, e isto só se faz pela fusão de horizontes, essa fusão, só se faz pelo agir comunicativo, sem, todavia, ignorar os limites do discurso jurídico, sua racionalidade e regramento.

5.7.1.1 A região Norte, o Juiz e a modernidade

Apesar da matriz aventureiro/trabalhador, sertaneja/caipira, que torna peculiar o habitante da região norte de Minas Gerais, a modernidade tornou mais complexa a vida dos membros desta comunidade, assim como no resto do País.

O município de Montes Claros, sede da Comarca; tem, por exemplo, os problemas inerentes a qualquer grande cidade com a segurança, habitação, saúde, busca pelo pleno emprego, educação, trânsito, entre outros.

Em face disso, em seus foros correm ações que discutem questões inerentes ao fornecimento de medicamentos para a população de baixa renda, questões previdenciárias, assédio moral nos ambientes de trabalho, questões relativas à fusão, incorporação de sociedades, debêntures, recuperação de empresas e falências, mudança de registro de nascimento no que diz respeito ao sexo do postulante, questões relativas a direitos fundamentais (colisão entre liberdade de expressão ou direito a honra e personalidade), temas relativos a vagas em escolas, ações que versam sobre os direitos de portadores de necessidades especiais, relações de consumo, danos morais, demandas relativas às comunicações (internet e telefonia), proteção ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e cultural, crimes do colarinho branco, crime organizado, crimes cibernéticos.

Por outro lado, a Montes Claros rural e as cidades próximas que também compõem a Comarca, trazem questões como: briga de vizinhos, por aguada, posse de gado, cercas derrubadas, direito de passagem, usucapião rural, crimes ligados à ocupação da terra, pequenos furtos e todos os conflitos próprios das pequenas comunidades, rurais ou não.

Convivem no mesmo espaço a sociedade arcaica e a moderna, o novo e o tradicional.

Na região, existem também, em face da sua formação histórica, comunidades indígenas e quilombolas.

Tudo isso, como em um infindável túnel do tempo, onde muitas vezes o moderno conflita com o tradicional e histórico.

Esta fluidez, ou esta liquidez, como salientado por Bauman, bem como esta pluralidade constitucionalmente garantida, precisam ser consideradas para a construção de uma decisão judicial, quando confrontadas em face de conflito que toma proporções jurídicas e processuais.

Para isso, a técnica jurídica deve ser aplicada sob a verificação dessas verdades, desses valores, efetuando a fusão que pretende Gadamer, mas marcada pela racionalidade e pela análise da norma jurídica aplicável ao caso concreto.

Com estas observações, pode-se chegar a uma decisão judicial com pretensão de correção e que esteja em consonância com a comunidade a que se dirige.

Embora a decisão judicial se destine aos diretamente interessados no desfecho do caso concreto, não há como ignorar que a sua conformidade com a realidade trás a essa mesma sociedade uma percepção de segurança jurídica, bem como credibilidade e legitimidade na decisão judicial.

Naturalmente, não se confunde a pretensão de correção de uma decisão proferida em face da norma jurídica e que considera todas as circunstâncias do caso concreto, bem como a sua significância para aquela comunidade em face de sua cultura, tradições, arte, com a decisão demagógica, sem cientificidade, proferida para obter popularidade.

Uma decisão populista não se confunde com uma decisão legitimada pela vontade popular. A decisão legítima não precisa satisfazer a quem quer que seja, mas trazer uma percepção de correção aos que compõem a comunidade.

5.7.2 A prática dos juízes e sua percepção

Pelos dados e respostas dadas por magistrados em atividade, em pesquisa realizada pela Escola Judicial Edésio Fernandes em parceria com a Fundação Getúlio Vargas, percebe-se que nenhuma teoria discursiva é adotada por eles.

Os juízes da região têm visão mais tecnicista do processo, fundando-se numa projeção do fato em relação à norma e, por consequência, aplicando o direito conforme o seu entendimento técnico.

Os juízes mineiros, em sua maioria, acreditam que suas decisões são bem aceitas pela população. Esta é a sua percepção em face da pesquisa acima mencionada.

Entretanto, não se extrai da pesquisa que os juízes tenham qualquer base técnica, científica ou qualquer outra base concreta para esta conclusão.

Tudo está a indicar que suas conclusões se baseiam, tão somente, em sua visão tecnicista individual. Esta por sua vez, se assenta, e provável, numa confiança na correção técnica do seu trabalho.

Os juízes, é o que se percebe, fazem o que foram treinados para fazer e isto lhes dá uma percepção de correção. Entretanto, afastados de debates acadêmicos e científicos, não tem como fazer um aferimento mais correto e profundo da recepção de suas decisões no âmbito da sociedade.

Uma percepção mais aproximada da realidade e de uma pretensão de correção mais sólida, bem como da legitimidade no Estado Democrático de Direito, pode ser obtida pela prática discursiva e na construção conjunta da decisão judicial monocrática.

5.7.3 Práticas comunicativas em juízo

Na última década do século XX e na primeira deste século, tem-se tentado a operacionalização de práticas que permitem uma participação mais efetiva das partes, permitindo-lhes o exercício da linguagem e da comunicação, ou do agir comunicativo em juízo.

Tais práticas se revelam tímidas e limitadas, mas pode-se citar as conciliações, mediações, transações penais e aplicação de penas substitutivas com a concordância da parte interessada.

Nas conciliações e mediações os membros do Poder Judiciário (magistrados, serventuários, psicólogos e assistentes sociais), reúnem os conflitantes para que estes, através da intermediação do órgão estatal, produzam, eles mesmos e consensualmente a decisão que lhes aprouver.

Nas transações penais, os magistrados e membros do ministério público entram em entendimento com a parte que concorda com certa restrição em seus direitos a fim de uma aplicação penal com maior pretensão de correção e que se aproxime de uma personalização das medidas a fim de encontrar as práticas restritivas que mais se adéquem ao caso concreto, servindo não só a punição ou resposta à sociedade, bem como para a reabilitação do agente a quem se atribui a prática de um ato penalmente censurável.

As penas em concreto são alternadas, quando permitido pela lei penal, tendo em vista uma adequação ao caso concreto e ao destinatário da pena. Para que seja

efetiva deve ser formulada através de uma investigação dialética para que seja justa e apropriada á reabilitação.

O risco, principalmente nestas últimas, é de se excluir o diálogo, tornando a aplicação da pena automatizada, perdendo-se o objetivo de integração, adequação e personalização da punição, fazendo com que o instituto na prática, se torne ineficaz.

Além das hipóteses mencionadas, não se tem conhecimento da aplicação de práticas discursivas ou argumentativas pelos juízes mineiros ou da região norte do Estado, pelo menos enquanto prática institucionalizada ou com apoio institucional.

5.7.4 Possibilidades de Práticas discursivas não Institucionalizadas

Existem, entretanto, duas outras hipóteses de aplicação discursiva por meio de práticas ainda não institucionalizadas, mas que se aplicadas com o intuito de maior interlocução entre as partes, podem ser utilizadas pelos juízes.

As práticas que serão mencionadas, não são excludentes entre si nem excluem as mencionadas no item anterior.

A primeira é a instituição da “Justiça Itinerante”, que já vem sendo adotada de forma solitária por alguns magistrados no Brasil.

É possível que com o deslocamento do juiz para as comunidades mais distantes, peculiares ou que estejam em alguma situação especial, a interação se dê mais facilmente. Caso os interessados e envolvidos no conflito tenham contato com o Judiciário em seu próprio ambiente, é provável que se faça uma interlocução com maior facilidade e profundidade, sem contar na ampliação no que diz respeito ao acesso à Justiça, à Jurisdição enquanto direito fundamental.

O magistrado, partes e demais operadores do direito, podem vir a obter compreensão mais ampla e profunda da realidade em que os interessados estão inseridos, podendo produzir uma decisão judicial que corresponda à pretensão de correção que se exige, atualmente não só da norma jurídica bem como dos provimentos judiciais.

Outra possibilidade existente, embora normatizada, ainda não foi institucionalizada como meio de exercício da prática discursiva, encontra-se elencada entre os meios de prova.

Refere-se à inspeção judicial, inovação do Código de Processo Civil de 1973 que em seu artigo 440 inseriu tal instituto ressaltando que “O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas, coisas, a fim de se esclarecer sobre fato, que interesse à decisão da causa.

A opção pela inspeção, quando compatível diante do que se pretende esclarecer, pode levar a uma interlocução mais próxima com as partes, facilitando a prática discursiva fora dos prédios do foro, quando conveniente á instrução.

O parágrafo único dá indicações claras desta possibilidade: Art. 442, § único: As partes têm sempre direito a assistir à inspeção, prestando esclarecimentos e fazendo observações que repute de interesse para a causa.

Observa-se que a referida regra legal, faculta os litigantes a participação na inspeção, quer seja enquanto meros assistentes, fazendo observações que julguem relevantes, ou dialogando diretamente com o magistrado, apontando seu entendimento, compreensão ou qualquer outra observação que entenda ser relevante, sob o seu ponto de vista, para a decisão da causa.

Evidentemente, a inspeção só tem lugar quando compatível com a natureza do fato ou questão que se encontra obscuro, não servindo de substituto para a prova pericial, por exemplo.

Em observância ao princípio do contraditório e da ampla defesa, o juiz deve, antes de determinar a inspeção, esclarecer o fato ou ponto que pretende analisar, a fim de que as partes possam optar pela sua intervenção ou não, sob risco de tornar impossível uma opção consciente pelos interessados, ou mesmo que a participação deles seja eficaz.

Curiosamente, a doutrina clássica, em face do dispositivo legal, entende que a inspeção só deve ser realizada fora das dependências forenses, quando não for possível ali ser realizada, contrariando uma ideia de aproximação da realidade fática, é o que diz Teodoro Júnior (2007, p.553) “A exibição da coisa ou pessoa a ser inspecionada, normalmente, deve ser feita em juízo, em audiência, para isso determinada, com prévia ciência das partes”.

Mais surpreendente é o entendimento dominante de que, havendo outra maneira de se produzir a prova, a inspeção judicial deve ser afastada.

Significa dizer que, havendo uma possibilidade do magistrado ter contato direto com as pessoas, fatos ou objetos fundamentais à formação de sua decisão e havendo outro meio de prova que lhe dará um conhecimento indireto, deve, antes,

optar por este, conforme se vê a seguir: [...] “valendo ressaltar que a inspeção terá lugar quando não se puder trazer a prova para o processo pelas vias ordinárias, quer dizer, a inspeção deve ser a *extremo ratio* da prova” [...] (NERY JÚNIOR, 2010, p. 684).

O presente entendimento parece anti-dialético e anti-democrático e não guarda consonância com a Constituição de 1988 e nem com o princípio da dignidade humana, visto que retira da parte, a possibilidade de maior participação nos rumos de um litígio que lhe interessa diretamente, bem como mantém o juiz afastado do jurisdicionado, evitando maior aproximação para um empreendimento construtivo comum e decisório, facultando-lhes, apenas o contato, quando outra solução qualquer não for possível, privando o juiz, de uma percepção mais aproximada da realidade.

Tal entendimento não tem amparo em uma Constituição democrática e que delinea um Judiciário que é guardião da cidadania.

Entretanto, não há que se confundir a função judicante no exercício da inspeção com a prática policlesca e investigativa que não é função do magistrado e pode, não só comprometer a validade da decisão como se converter em uma prática arbitrária e totalitária.

Deve-se acrescentar, todavia, que a impossibilidade ou inconveniência desses meios de democratização do processo, não inviabiliza a prática discursiva em juízo, que pode ser efetivada em todos os processos, adequando-se naturalmente ao seu conteúdo fático e jurídico, a forma em que se dá a comunicação entre as partes.

Uma possibilidade de empreender visão moderna sobre um instituto já posto é mediante uma releitura do artigo 331 do CPC.

O referido artigo determina a designação de audiência preliminar de conciliação. A ação conciliatória já permite, por si, uma prática comunicativa e discursiva entre as partes e o magistrado.

Havendo acordo entre as partes, o mesmo será homologado pelo juiz, entretanto, a regra processual em questão determina que, não havendo conciliação, o juiz deve sanear o processo, fixar os pontos controvertidos e deferir as provas.

Uma vez que o legislador pretendeu que todos esses atos significativos para a condução e desfecho do processo fossem praticados em audiência, na presença das partes e seus procuradores, ao invés de fazê-lo em outro momento, na solidão

do gabinete, é porque facultou ao juiz promover o diálogo com as partes, formando convencimento em conjunto, se possível, tanto quanto aos pontos controvertidos e seu alcance, bem como quanto à fixação do modo e meios de se dirimir as controvérsias ou o conflito entre os litigantes.

Há que se ancorar, inclusive, no argumento de que a audiência preliminar foi instituída pela Lei nº 8.952 de 13 de dezembro de 1994, de inspiração germânica. Sabe-se que as teorias discursivas ganharam terreno e se desenvolveram na Alemanha, e encontram amparo na plena vigência da Constituição de 1988.

Daí poder concluir-se que a influência de uma Constituição Democrática, bem como a de doutrinas germânicas de natureza discursiva, autoriza a utilização destes institutos, bem como outros, para assegurar o exercício da cidadania e da democracia em juízo através do discurso racional em busca de decisões judiciais com maior pretensão de correção em face da participação efetiva dos próprios interessados nas diretivas construtivas da decisão judicial que lhes é afeta.

5.7.5 A validade da aplicação da Teoria Discursiva e Argumentativa pelos juízes monocráticos no Norte de Minas

Diante do que foi examinado até agora, cumpre, finalmente, perguntar sobre a validade e viabilidade da prática argumentativa e discursiva na busca de solução equânime para os litígios sob a presidência dos juízes monocráticos em atividade na região norte do Estado de Minas Gerais.

No curso destas páginas ficou claro que os juízes de direito não se valem de teorias discursivas ou argumentativas para a construção da decisão judicial e que, em regra, não a tomam como um empreendimento comum entre o magistrado e os demais interessados e destinatários da decisão.

Entretanto, pelo que se percebe e pelos instrumentos normativos postos à seu dispor, desde a Constituição até as normas infraconstitucionais, não só lhes permitem tal prática como esta, se observado os limites próprios do discurso jurídico, como, diante de uma democracia constitucional, plenamente compatível.

No Estado Democrático de Direito, que se caracteriza pela adoção e preservação de um catálogo de direitos fundamentais, e considerando-se que estes têm por base o direito de participação dos seus membros na construção jurídica, tal

linha aplicativa, mas do que compatível, é desejável para a legitimação das normas jurídicas e para a sua correta aplicação.

É preciso levar em conta, que Aristóteles já entendia que o que caracterizava a cidadania, é a capacidade de estar em juízo pleiteando ou defendendo seus direitos e posições jurídicas.

Contudo, na democracia e nos países em que a separação de poderes é adotada, o Poder Judiciário deve exercer, por meio de seus julgados, a função de guardião dos direitos fundamentais e da ordem democrática. A garantia do exercício da cidadania se encontra na possibilidade de se valer dos órgãos judicantes para que, por meio do provimento jurisdicional, tenham assegurados os direitos catalogados na Constituição e na legislação infraconstitucional.

Considerando-se, que o princípio da dignidade humana é um dos pilares democráticos e, por isso mesmo, balizador hermenêutico de qualquer decisão judicial, não resta dúvidas de que a participação democrática e comum na construção da decisão judicial e dos meios para se chegar a ela podem dar percepção da realidade da forma de preservação deste princípio básico em face do caso concreto.

Neste trabalho tomou-se por pressuposto que a ordem jurídica parte da ordem social, do conjunto de valores que a sociedade decidiu converter em valores jurídicos, direitos e garantias.

Assim, qualquer formulação em concreto de uma resposta ou verdade jurídica, sem a participação daqueles que criaram a norma e são os seus destinatários, e, no caso específico, receptor da decisão judicial carecerá de legitimidade.

Além disso, aceitando a validade do discurso de fundamentação, que exige a participação de todos os membros de determinada comunidade na elaboração das normas que, posteriormente, serão aplicadas a eles mesmos, é de se concluir, que em caso de divergência quanto a aplicação da norma jurídica ou discordâncias em face de lacunas porventura existentes, estas devem ser dirimidas, em juízo, com a participação daqueles divergentes que foram, pelo menos em tese, construtores da norma sobre a qual divergem.

Considerando-se, particularmente, a diversidade da região norte, no qual se desenvolveu uma população com uma cultura plural, mas própria, onde ainda existem populações indígenas, quilombolas, rurícolas (agricultura básica e

rudimentar), ribeirinhos que vivem da pesca de subsistência, mas que vem sendo mesclada pela modernidade com todo o seu potencial conflituoso, perceber-se-á que a prática discursiva, em face de tanta disparidade, riqueza e pobreza, erudição e ignorância, tradição e contemporaneidade, que o discurso racional pode responder ao anseio de legitimidade e pretensão de correção da decisão judicial.

Portanto, é conveniente, legítimo e válido a aplicação da teoria discursiva racional e pragmática pelos juízes de direito do Norte de Minas, desde que observem os regramentos próprios do discurso jurídico e das teorias discursivas a seu dispor, em especial, do discurso de aplicação.

Não se pode, no entanto, olvidar Gadamer, ao dizer que apenas o método e técnica, desconhecendo-se valores culturais, religiosos, artísticos dos interlocutores, não asseguram a prática hermenêutica segura e próxima de uma postulação de realização de justiça, enquanto meta incorporada às realizações jurídicas.

O discurso, todavia, deve ser pautado pela racionalidade e o método argumentativo deve ser o da persuasão racional.

Tais afirmações não são, em si, contrastantes, até porque este trabalho não pretende pender para uma ou outra teoria discursiva, visto que, em face da formação e composição populacional a quem se dirigem as decisões, bem como da compreensão intelectual dos operadores do direito, tais teorias podem ser mais ou menos adequadas.

A adoção da prática discursiva racional aplicativa, pode obter a legitimação das decisões que a sociedade e o Poder Judiciário necessitam, visto que respeita a linha de ação comunicativa, perquire todos os aspectos e circunstâncias fáticas, cataloga as normas porventura aplicáveis e opta, em face da adequação, pela que assegure uma decisão com maior pretensão de correção.

No Judiciário, somente o juiz monocrático, tem reais condições de se valer do discurso de aplicação. Os magistrados de segundo grau exercem função revisionista em das decisões de primeiro grau, sem que tenham contato direto com as partes.

Assim, como escreveu Wellington Luzia Teixeira em artigo mencionado neste trabalho, são os juízes que “dão vida ao processo”, razão pela qual somente eles podem democratizar o processo e introduzir a prática discursiva no cotidiano dos foros judiciais.

6 CONCLUSÃO

Neste trabalho, discorreu-se em primeiro lugar, sobre as origens e desenvolvimento da função judicante, demonstrando que esta função existiu em todas as épocas e lugares.

Embora o surgimento do Estado moderno seja crucial para a pesquisa realizada, é importante não só determinar a existência da função julgadora desde a antiguidade, como verificar a sua correspondência com a cultura e crenças da sociedade em que estavam inseridos os julgadores primitivos.

Com as mudanças sociais, evolução filosófica e conformação cultural a função de julgar foi tomando os contornos adequados à comunidade em questão. Assim, na antiguidade os julgados tinham uma feição religiosa, mística e até mítica, enquanto em Atenas, vigia sob forte influência política e filosófica.

Na Idade Média, aos senhores feudais foram cometidas as funções judicantes. Enquanto isso, a forte influência clerical tornava a Igreja e o julgador mais determinante e determinista da época, pois o Direito Canônico se converte na matriz normativa de todos os julgadores que agiam sob o manto da Igreja Católica.

A centralização do poder na figura do soberano, aquele que reinava pela vontade de Deus, surge como aquele que promulgava a vontade do monarca, posto que esta fosse à vontade de Deus.

É importante frisar que a Reforma Protestante foi fundamental para a formação do Estado moderno, pois reduz o Poder da Igreja Romana.

Depois da Revolução Francesa, considerando-se a construção filosófica estatal de Locke e posteriormente a de Montesquieu, percebeu-se juiz, não mais como a voz do soberano, mas como a “boca da lei”.

A partir de então, faz-se uma cisão definitiva entre a estrutura estatal antiga e a moderna, razão pela qual se põem fim à figura do juiz que fala em nome do transcendental, divino ou místico; surgindo aquele que deve dar voz à lei no caso concreto.

Essa posição estabelece em face de Kant, principalmente o direito positivado ou legislado, como o único a ser aceito; atrelando o juiz a uma visão formalista e positivista do Direito.

Embora o positivismo de Kelsen sofresse muitas críticas, é importante ressaltar que o nazismo e as suas consequências para a humanidade e seus

reflexos no direito vigente, trouxeram elementos pragmáticos de crítica ao positivismo.

A evolução dos direitos humanos e fundamentais, as teorias construídas em torno desses institutos, fez surgir uma visão pós-positivista que questiona não só a função do julgador, bem como a sua relação com as partes e a metodologia da construção da decisão judicial.

A partir de então, ganham força as teorias argumentativas, discursivas, aplicativas ou não. Assim, é natural que tais teorias tenham surgido com maior força na Alemanha pós-guerra e depois da queda do nazismo e todo o seu horror que parecia legitimado pelo positivismo ortodoxo.

O Brasil, todavia, desenvolve dinâmica evolucionária distinta da adotada no velho mundo e nos Estados Unidos da América.

Descoberto o Brasil no início da era moderna, teve na função judicante apenas arremedos da Justiça Portuguesa, conforme registrado neste trabalho, só começando a sua evolução política de forma mais profunda, com a elevação da colônia a Reino Unido, quando a Europa digerira as doutrinas iluministas.

Além do mais, o povo brasileiro é formado de mestiçagem fundada em três matrizes diversas e que tomou cinco formas culturais básicas, como mencionado no corpo desta dissertação. Acrescente-se a isso o descolamento cultural realizado entre as resultantes e as matrizes.

Tais peculiaridades exigem cuidados quando da tentativa de aplicação de teorias que, forjadas na Europa, tem um matiz cultural que nem sempre se adéqua à realidade nacional.

Por isso, discorreu-se sobre a formação e seleção dos juízes pelo mundo, demonstrando a sua afinidade cultural com o povo a quem serve.

No Brasil, o sistema de concurso permite a formação de um Judiciário com os diversos matizes culturais e ideológicos que formam a nossa sociedade, admitindo em sua maioria, indivíduos que compõem a classe média baixa ou da chamada classe "C".

Entretanto, curiosamente, não se obteve maior sucesso, até hoje, em aproximar o julgador dos membros da comunidade a que serve. Atribui-se a isso, em grande parte, a formação positivista ainda vigente nos cursos jurídicos e na cultura de afastamento do magistrado do povo.

Focou-se o juiz de primeiro grau, visto que a construção dialógica do processo se faz no seu âmbito de atuação e porque quase 90% dos processos não chegam ao colegiado de segundo grau para reexame das decisões.

Considerando a particularidade do povo brasileiro, restringiu-se a análise ao povo norte mineiro que teve formação política e cultural mais peculiar do que a do resto do estado de Minas Gerais.

Em razão desse fato foi aplicado questionário aos juízes da região. Em suas respostas os magistrados entrevistados admitiram não efetuar um método específico de aplicação hermenêutica construtiva da decisão judicial.

Entretanto, existem diversas teorias argumentativas e discursivas que alimentam a pretensão de uma construção judicial conjunta.

O Brasil, por meio da Constituição de 1988, adotou o Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, tem nos direitos fundamentais e no princípio da dignidade da pessoa humana o seu sustentáculo. É para assegurar a aplicabilidade desses institutos que se faz necessário que o juiz monocrático estabeleça uma prática discursiva na aplicação do direito ao caso concreto, a fim de que a decisão, construída em conjunto com as partes, tenha legitimidade em face da sociedade à que se destinam os julgados.

Considerando-se que o Brasil, adotou o Estado Democrático de Direito e que os direitos fundamentais que ali se encontram elencados, assim como a jurisdição, os princípios basilares e o princípio da dignidade da pessoa humana, é de se esperar que o magistrado monocrático estabeleça uma prática discursiva aplicativa com os envolvidos e interessados no processo para que a decisão possa ser construída de forma a preservar tais princípios em prol de uma maior pretensão de correção da decisão.

Verificou-se também, que as normas infra-constitucionais permitem, ainda que timidamente, ao juiz, estabelecer tal diálogo de forma construtiva e garantidora dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais.

Considerou-se ainda, a diversidade de teorias vigentes sobre o tema, todavia, deve-se dizer que a adoção do discurso como prática construtiva da decisão judicial legítima, não implica, especificamente, na adoção irrestrita e absoluta de nenhuma delas; admitindo-se a construção típica em face das peculiaridades, mas desde que observado e utilizado como referencial hermenêutico o princípio da dignidade da

pessoa humana, sem o qual, a jurisdição, enquanto direito fundamental pode ser comprometida, o que ilegítima a decisão judicial.

Não se pode olvidar, sob uma ótica pós moderna, que as peculiaridades de uma comunidade são afetadas pela globalização e pela liquidez dos valores e toda a angústia provocada por isso e pela liberdade inerente na pós modernidade que se choca com a pretensão de segurança da modernidade.

Entretanto, como já foi dito, os juízes monocráticos, em sua maioria, não se utilizam de um método hermenêutico específico e nem se valem de qualquer teoria discursiva para realizar uma construção conjunta da decisão judicial.

Esta falta de clareza na forma de se construir a decisão judicial trás incerteza e insegurança jurídica, e pode não garantir os direitos fundamentais constitucionais objeto deste estudo.

Pondera-se ainda, que tendo em vista a formação do povo norte mineiro, suas peculiaridades culturais e seu perfil humano; faz-se necessária uma inteiração maior entre o magistrado e os interessados na decisão judicial e na adequação da norma jurídica a ser aplicada. Entretanto, o magistrado não está adstrito às teorias jurídicas pré-existentes, mas aos limites próprios do discurso jurídico balizado pelas normas constitucionais e infraconstitucionais norteados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, levando em conta as singularidades da comunidade a que serve, realizando verdadeira fusão de horizontes.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR JÚNIOR, Rui Rosado de. A Função Jurisdicional no Mundo Contemporâneo e o Papel das Escolas Judiciais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Jurisdição e Direitos Fundamentais**: Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. v. 1, t. 2, p. 345-355.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2008.
- ALEXY, Robert. **O Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- ALEXY, Robert. **O Conceito e Validade do Direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- ARAÚJO, Rosalina Corrêa de. **O Estado e o Poder Judiciário no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004.
- ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Nova Cultural, 2000. (Os Pensadores)
- ARISTÓTELES. **Retórica das Paixões**. Trad. Isis Borges B. da Fonseca. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Processo Constitucional: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Rio de Janeiro, V. 3, p. 136-200, 2008.
- BARZOTTO, Luis Fernando. **O Positivismo Jurídico Contemporâneo: uma Introdução a Kelsen, Ross e Hart**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- BAUMAN, Zygmunt. **O Mal-Estar da Pós-Modernidade**. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- BAUMAN, Zygmunt. **Tempos Líquidos**. Trad. Carlos Aberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. 2. ed. São Paulo: Martins Claret, 2009.
- BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Trad. Fernando Pavan Batista e Ariani Bueno Sudatti. 4. ed. São Paulo: Edipro – Edições Profissionais, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política: a Filosofia da Política e as Lições dos Clássicos**. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BOHM, David. **Diálogo** (Comunicação e Redes de Convivência). Trad. Humberto Mariotti. São Paulo: Palas Athena, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRAZ, Brasiliano. **São Francisco nos Caminhos da História**. São Francisco: [s.n], 1977.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis**. Trad. Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores**. Trad. Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

CARVALHO, Joana de Moraes Souza Machado. **Colisão de Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Sociologia Jurídica**. 12. ed. São Paulo: Forense, 2010.

CHARDIN, Pierre Teilhard. **O Fenômeno Humano**. Trad. José Luiz Arcahanjo. 16. ed. São Paulo: Cultrix, 2006.

CÍCERO, Marco Túlio. **As Catilinárias**. Trad. Maximiliano Augusto Gonçalves. 2. ed. São Paulo: Martins Claret, 2006.

CÍCERO, Marco Túlio. **Dá República**. Trad. Amador Cisneiros. Bauru: Edipro, 1995.

COMTE, Auguste. **Curso de Filosofia Positiva**. Trad. Carmem Lessing. Buenos Aires: Andrómeda, 2004.

CONSTANT, Benjamin. **Escritos de Política**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CONSTANT, Benjamin. **Princípios de Política Aplicáveis a Todos os Governos**. Trad. Joubert de Oliveira Brízida. Rio de Janeiro: Topbooks. 2007.

CORDEIRO, Paulo Machado. **A Responsabilidade Social dos Juízes e a Aplicação dos Direitos Fundamentais**. Salvador: Podium, 2007.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o Direito Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro. Lúmen Júris, 2008.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica Jurídica e(m) Debate: o Constitucionalismo Brasileiro Entre a Teoria do Discurso e a Ontologia Existencial**. Belo Horizonte: Forum, 2007.

DESCARTES, René. **As Meditações Metafísicas**. Trad. J. Guinsburg e Bento Prado Júnior. São Paulo: Nova Cultural, 1991. (Os Pensadores)

DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Trad. J. Nascimento Franco. São Paulo: Ícone, 2006.

DIAS, Jean Carlos; KLAUTAU FILHO, Paulo. **O Devido Processo Legal**. Belém: Método, 2010.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico: introdução a uma Teoria do Direito e Defesa do Pragmatismo Jurídico-Político**. São Paulo: Método, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de Sentença**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DURKHEIM, Emile. **As Regras do Método Sociológico**. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martins Claret, 2008.

DURKHEIM, Emile. **A Educação Moral**. Trad. Raquel Weiss. Petrópolis: Vozes, 2008.

DURKHEIM, Emile. **Sociologia e Filosofia**. Trad. Fernando Dias Andrade. 2. ed. São Paulo: Ícone, 2007.

DURKHEIM, Emile. **Fato Social e Divisão do Trabalho**. Trad. Cilaine Alves Cunha e Laura Natal Rodrigues. São Paulo: Ática, 2007.

DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2005.

EMERSON, Ralph Waldo. **A Conduta Para a Vida**. Trad. C. M. Fonseca. São Paulo: Martin Claret, 2004.

ENCARNAÇÃO, João Bosco. **Filosofia do Direito em Habermas: a hermenêutica**. 3. ed. Lorena: Stiliano, 1999.

FAGUNDES, Giselle; MARTINS, Nahílson. **Capítulos Sertanejos**. Montes Claros: [s.n.], 2002.

FERIANI, Luis Arlindo. **Manual do Juizado Especial Cível e Criminal: Lei 9099, de 26.09.95**. Campinas: E. V. Editora, 1995.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON Flávio Quinaud. **O Poder Judiciário e(m) Crise**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

FERRAZ JÚNIOR, Técio Sampaio. **A Ciência do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

FREITAS, Lia. **A Moral na Obra de Jean Piaget: um projeto inacabado**. São Paulo: Cortez, 2003.

FREUD, Sigmund. **Totem e Tabu**. Trad. Órizon Carneiro Muniz. Rio de Janeiro: Imago, 1999.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Radiografia da Justiça do Estado de Minas Gerais: Pesquisa com Magistrados Mineiros**. Belo Horizonte: TJMG\EJEF, 2009.

GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em Retrospectiva**. Trad. Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2009.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. Flávio Paulo Meurer e Enio Paulo Giachini. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II: complementos e índices**. Trad. Enio Paulo Giachini. 5. ed. São Paulo: Vozes, 2010.

GALLUPO, Marcelo Campos. **Da Idéia à Defesa: Monografias e Teses Jurídicas**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

GALLUPO, Marcelo Campos. **Direito e Moral na Filosofia de Habermas**. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 11, 1994, Foz do Iguaçu-Paraná. **Anais...** Brasília: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, 1994.

GALLUPO, Marcelo Campos. **Igualdade e Diferença**: Estado Democrático de Direito a Partir do Pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GALLUPO, Marcelo Campos. Princípios Jurídicos e a Solução de seus Conflitos: a contribuição da obra de Alexy. **Revista da Faculdade Mineira de direito**, v. 1, n. 2, p. 134-142, 1998.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral**: Justificação e Aplicação. Trad. Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re) Pensando a Pesquisa Jurídica**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **A Ética da Discussão e a Questão da Verdade**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**: estudos de teoria política. Trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe, Milton Camargo Mota. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Temo Brasileiro, 2003.

HART, H. L. A. **Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia**. Trad. José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou a matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Trad. Rosina D'Angina. 2. ed. São Paulo: Ícone, 2000.

IHERING, Rudolph Von. **A Finalidade do Direito**: tomo II. Trad. Heder K. Hoffmann. Campinas: Bookseller, 2000.

IHERING, Rudolph Von. **A Luta Pelo Direito**. Trad. João Vasconcelos. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

KANT, Immanuel. **Introdução ao Estudo do Direito**: doutrina do direito. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro Edições Profissionais, 2007.

KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua**. Trad. Marco Zingano. Porto Alegre: L & PM, 2008.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Trad. Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. (Os pensadores)

KELSEN, Hans. **A Justiça e o Direito Natural**. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Almedina, 2009.

KELSEN, Hans. **A Ilusão da Justiça**. Trad. Sérgio Tellaroli. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Trad. Alexandre Krug. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KELSEN, Hans. **A Democracia**. Trad. Ivone Castilho Benedetti, Jeferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. **O Que é Justiça?** Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Batista Machado. 5. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

LAWN, Chris. **Compreender Gadamer**. Trad. Hélio Magri Filho. Petrópolis: Vozes, 2007.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LEITE, George Salomão. **Interpretação Constitucional e Tópica Jurídica**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

LENZA, Vítor Barbosa. **Magistratura Ativa**. Goiânia: AB Editora, 2000.

LIMA, Fernando Rister de Souza. **Sociologia do Direito: o direito e o processo à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Curitiba: Juruá, 2009.

LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. **O Direito Administrativo e o Poder Judiciário**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. **Refletindo o Direito e A Justiça**. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2010.

LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo**. Trad. Alex Martins. São Paulo: Martins Claret, 2009.

LOPES, José Reinaldo de Lima; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; ACCA, Thiago dos Santos. **Curso de História do Direito**. 2. ed. São Paulo: Método, 2009.

LORENZETTI, Luiz Ricardo. **Teoria da Decisão Judicial: Fundamentos de Direito**. Trad. Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LUHMANN, Niklas. **A Realidade dos Meios de Comunicação**. Trad. Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2005.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário, 1983.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito Constitucional**: tomo I. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito Constitucional**: tomo II. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Trad. Nelia Maria P. Von Tempski-Silka. Curitiba: Juruá, 2001.

MARCUSCHI, Luís Antônio. **Fenômenos da Linguagem**: Reflexões Semânticas e Discursivas. Rio de Janeiro: Lucerna, 2007.

MARX, Karl. **O Capital**: Edição Condensada. Trad. Gabriel Deville. 3. ed. São Paulo: Edipro Edições Profissionais, 2008.

MILTON, John. **Imagens de um Mundo Trêmulo**. Trad. Dirceu Villa. São Paulo: Hedra, 2006.

MILTON, John. **Escritos Políticos**. Trad. Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MILTON, John. **Areopágica**: discurso pela liberdade de imprensa ao parlamento da Inglaterra. Trad. Raul de Sá Barbosa. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999.

MINAS GERAIS. **Organização e Divisão Judiciária do Estado de Minas Gerais**: Lei Complementar n. 59 de 18 de Janeiro de 2001. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Filosofia do Direito**: Decisão Judicial e Teoria da Argumentação Jurídica. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. Trad. Jean Meville. São Paulo: Martins Claret, 2009.

MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. **Poder Judiciário no Brasil**: Crise de Eficiência. Curitiba: Juruá, 2009.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NALINI, José Renato. **Ética da Magistratura**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Juarez de. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito, Política e Filosofia**: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2007.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Democracia e Jurisdição Constitucional. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 1, n. 2, p. 107-111, 1998.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Teoria do Direito e Virada Lingüística. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 10, n. 20, p. 74-86, 2007.

OLIVEIRA, Márcio Luís (Coord.). **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos**: Interface com o Direito Constitucional Contemporâneo. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

OST, François. **O Tempo do Direito**. Trad. Élcio Fernandes. Bauru: EDUSC, 1999.

OST, François. **Contar a Lei**: as fontes do imaginário jurídico. Trad. Paulo Neves. São Leopoldo: Unisinos, 2007.

PAULA, Hermes. **Montes Claros**: sua História, sua Gente e seus Costumes. Rio de Janeiro, 1957.

PERELMAN, Chaim. **Tratado da Argumentação**: a nova retórica. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PERELMAN, Chaim. **Retóricas**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PIAGET, Jean. **O Juízo Moral na Criança**. Trad. Elzon Lenardon. 4. ed. São Paulo: Summus, 1994.

PLATÃO. **A República**. Trad. Pietro Nasseti. 2. ed. São Paulo: Martins Claret, 2010.

POPPER, Karl; CONDRY, John. **Televisão um Perigo para a Democracia**. Trad. Maria Carvalho. 3. ed. Lisboa: Gradiva, 2007.

PRADO JÚNIOR, Caio. **Formação do Brasil Contemporâneo**. 23. ed. São Paulo: Brasiliense, 2008.

QUINET, Antonio. **A Descoberta do Inconsciente do Desejo ao Sintoma**. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

RAZ, Joseph. **Razão Prática e Normas**. Trad. José Garcez Ghiraldi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

RAZ, Joseph. **Valor, Respeito e Apego**. Trad. Vadim Niktin. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RESE-SCHÄFER, Walter. **Compreender Habermas**. Trad. Vilmar Schneider. Petrópolis: Vozes, 2008.

RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

RIBEIRO, Darcy. **Confissões**. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

RIGAUX, François. **A Lei dos Juizes**. Trad. Edimir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RODRIGUES, Sandra Martinho. **A Interpretação Jurídica no Pensamento de Ronald Dworkin**: uma abordagem. Coimbra: Almedina, 2005.

ROSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**: Princípios do Direito Político. Trad. Vicente Sabino Júnior. São Paulo, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**: na Constituição Federal de 1988. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. Colisões entre Direitos Fundamentais e Interesses Públicos. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Jurisdição e Direitos fundamentais**: v. I: tomo II. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 29-70.

SILVA, Jose Afonso da. A dignidade humana como valor supremo da democracia. **Revista de direito administrativo**, n. 212, p. 89-115, 1999.

STOLZ, Sheila. **El Positivismo Jurídico Incluyente**: Posibilidades Y Límites. Pelotas: Editora UFPel, 2009.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência e Política e Teoria do Estado**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SOUZA NETO, João Baptista de Mello e. **Mediação em Juízo**: Abordagem Prática para Obtenção de Um Acordo Justo. São Paulo: Atlas, 2000.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **O Juiz**: seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

TEIXEIRA, Welington Luzia. O Gargalo do Judiciário. **Estado de Minas**, Belo Horizonte, 29 dez. 2010. Opinião.

TEIXEIRA, Welington Luzia. **Da Natureza Jurídica do Processo À Decisão Judicial Democratizada**. Belo Horizonte: Forum, 2008.

THOREAU, Henry David. **A Desobediência Civil e Outros Escritos**. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martins Claret, 2005.

TRINDADE, André. **Para Entender Luhmann e o Direito como Sistema Autopoiético**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TRINDADE, André. **Os Direitos Fundamentais em Uma Perspectiva Autopoiética**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TRUBILHANO, Fabio; HENRIQUES, Antônio. **Linguagem Jurídica e Argumentação**: Teoria e Prática. São Paulo: Atlas, 2010.

VASCONCELOS, Diogo de. **História Média das Minas Gerais**. 4. ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**: uma Contribuição à Investigação dos Fundamentos Jurídico-Científicos. Trad. Profa. Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.

VICO, Giambastista. **Ciência Nova**. Trad. Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2008.

VOESE, Ingo. **Argumentação Jurídica**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos da História do Direito**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ZAGRABELSKY, Gustavo. **A Crucificação e a Democracia**. Trad. Monica Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011.

APÊNDICE

APÊNDICE A - QUESTIONÁRIO ENCAMINHADO AOS JUÍZES DE DIREITO PESQUISA: A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELO JUIZ MONOCRÁTICO NO NORTE DE MINAS.

1. Onde cursou o bacharelado e qual o ano da graduação?
2. Qual a atividade profissional exerceu antes de ingressar na magistratura?
3. Há quanto tempo exerce a magistratura e por quais Comarcas passou?
4. Possui qualquer formação acadêmica, além do bacharelado em direito?
Qual a especialização? Em qual instituição?
5. Em qual Vara ou Comarca atua?
6. Caso atue em vara especializada, pode informar a natureza das ações que preside e julga?
7. Adota algum procedimento hermenêutico ou filosófico em especial? Em caso afirmativo, qual e por que escolheu ou se identificou com este procedimento?
8. Você diria que a Jurisprudência dos Tribunais Superiores (STF, STJ e TSE) influenciam: () Muito a sua judicatura, () Pouco a sua judicatura; () em nada a sua judicatura; () não tem uma posição definida sobre este assunto.
9. Exerce ou exerceu a docência superior? Em caso afirmativo, informe a instituição de ensino e por qual período lecionou? Qual a matéria ou matérias lecionadas?