



# Universidade de Brasília

Repositório Institucional da Universidade de Brasília  
*repositorio.unb.br*



**Este item** está licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil

**Você tem o direito de:**

- **Compartilhar** — copiar e redistribuir o material em qualquer suporte ou formato
- **Adaptar** — remixar, transformar, e criar a partir do material

O licenciante não pode revogar estes direitos desde que você respeite os termos da licença.

**De acordo com os termos seguintes:**

- **Atribuição** — Você deve dar o **crédito apropriado**, prover um link para a licença **e indicar se mudanças foram feitas**. Você deve fazê-lo em qualquer circunstância razoável, mas de maneira alguma que sugira ao licenciante a apoiar você ou o seu uso.
- **NãoComercial** — Você não pode usar o material para **fins comerciais**.
- **Compartilhalgual** — Se você remixar, transformar, ou criar a partir do material, tem de distribuir as suas contribuições sob a **mesma licença** que o original.

**Sem restrições adicionais** — Você não pode aplicar termos jurídicos ou **medidas de caráter tecnológico** que restrinjam legalmente outros de fazerem algo que a licença permita.



**This item** is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 3.0 Brazil License.

**You are free to:**

- **Share** — copy and redistribute the material in any medium or format.
- **Adapt** — remix, transform, and build upon the material.

The licensor cannot revoke these freedoms as long as you follow the license terms.

**Under the following terms:**

- **Attribution** — You must give appropriate credit, provide a link to the license, and indicate if changes were made. You may do so in any reasonable manner, but not in any way that suggests the licensor endorses you or your use.
- **NonCommercial** — You may not use the material for commercial purposes.
- **ShareAlike** — If you remix, transform, or build upon the material, you must distribute your contributions under the same license as the original.

**No additional restrictions** — You may not apply legal terms or technological measures that legally restrict others from doing anything the license permits.

# A função de julgar e a Constituição

JOSAPHAT MARINHO

## SUMÁRIO

1. *Iniciativa oportuna*. 2. *Aperfeiçoamento cultural*. 3. *Amplitude da prestação jurisdicional*. 4. *Princípios genéricos e fundamentais*. 5. *Complexidade da função judicante*. 6. *Traços da jurisprudência brasileira*. 7. *O juiz, o legislador e o Estado de direito*. 8. *Interseção de riscos*.

### 1. *Iniciativa oportuna*

Para os menos atentos às atribuições do Poder Judiciário, ou mais preocupados com a celeridade incondicional dos processos, pode parecer estranhável a realização, por um órgão da Justiça, de uma "Semana de Altos Estudos". A idéia dominadora de presteza ou eficiência leva-os, de boa-fé, a considerar o tempo como fator absolutamente preponderante na emissão das sentenças. Subestimam a *ratio decidendi*. Se, porém, é condenável a decisão tardia, sem justa causa, de pouco valerá a apresada, quase sempre destituída de fundamento suficiente, e por isso sujeita a reforma previsível, determinante de alongamento da controvérsia. Mais aconselhável é a prestação jurisdicional em prazo razoável e devidamente motivada.

Condição da conquista de sentença fundada é o aperfeiçoamento constante do juiz, inclusive em Escolas da Magistratura e em permuta de conhecimentos, como neste encontro de inteligências diferentemente formadas e de experiências dessemelhantes. Se o convívio se reveste de cordialidade, o espírito é de afirmação de individualidades, portadoras de caracteres singulares. Nem há estudos, e sobretudo "altos estudos", sem expressão de divergências, como forma da autonomia de pensar. Colóquios dessa natureza são oportunidade, exata-

---

Josaphat Marinho é Senador pela Bahia.

Exposição feita na 3ª Semana de Altos Estudos, promovida pela Escola Nacional da Magistratura, em Salvador, Bahia, em 1º de novembro de 1993.

mente, para conferir tendências, que apenas podem encontrar o leito da confluência pela livre expansão das opiniões. Juizes que asseguram a liberdade a todos, somente no contraste de idéias hão de descobrir caminhos comuns. As súmulas de jurisprudência dos Tribunais são exemplo significativo desse processo eficiente de conquistar unidade ao longo de decisões diferenciadas. O preparo intelectual, porém, é a base dessa operação de busca da uniformidade na diversidade de entendimento.

Nesta reunião, a que comparecem e em que debaterão Juizes de categorias e graus diferentes, entre magistrados federais e estaduais, as teses programadas serão, decerto, reveladoras de cultura sedimentada, com ânimo de renovação.

## 2. *Aperfeiçoamento cultural*

Em toda atividade profissional, a aptidão assenta em revisão freqüente do saber técnico e especializado. Não há competência consumada de um jacto, e as diferenças de capacidade são corrigidas pelo polimento contínuo. É a lição edificante de Rui: "se a sociedade não pode igualar os que a natureza criou desiguais, cada um, nos limites da sua energia moral, pode reagir sobre as desigualdades nativas, pela educação, atividade e perseverança"<sup>1</sup>. Vale dizer, todas as deficiências que a inteligência sã pode superar, são vencíveis, ou redutíveis, pelo esforço ordenado de cada dia.

Pressupondo a importância do papel do julgador, a Constituição de 1988 requer cultura ampla e atualizada dos magistrados, pelas exigências a que condiciona o exercício de suas tarefas. No art. 93, inciso IV, estipula que lei complementar, reguladora do Estatuto da Magistratura, deve conter "previsão de cursos oficiais de preparação e aperfeiçoamento de magistrados, como requisitos para ingresso e promoção na carreira". Desdobrando a imposição, determina, no inciso IX do mesmo artigo, que "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade". A faculdade, permitida à lei, de "limitar a presença", excepcionalmente, "às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes", reduz, não elimina a vigilância, e a assegura aos mais interessados na apuração da competência e da correção dos juizes. E a publicidade e a funda-

mentação dos julgamentos supõem, obviamente, segurança no opinar e no decidir, o que, por sua vez, reclama demonstração de subsídios científicos e de senso de objetividade, bastantes para gerar confiança no ânimo dos litigantes e da opinião em geral.

As provisões constitucionais, que autorizam esses comentários, não visam constranger o juiz, antes *acentuam o relevo de suas funções*, em face do Estado, da sociedade e dos indivíduos. Quem julga, em nome da lei, os seus semelhantes e as instituições públicas e privadas, ocupa espaço social e cultural que precisa preservar firmemente, e com serenidade. Não é o erro – inerente a qualquer tipo de atividade – que deve atemorizar, mas a dificuldade de revê-lo, diante de reclamação procedente. Quem decide com tranquilidade, mantém ou reforma o *judgado, sem constrangimento*. No apelo adequado à modificação de um despacho ou de uma decisão reside, não raro, a ocasião de sanar-se um equívoco.

*Severamente técnico, segundo pondera Charlier*, o ato jurisdicional tem duplo alcance: apura, "o mais corretamente possível", a verdade, "com força de verdade legal", e decreta "as medidas próprias a restabelecer ou proteger a ordem jurídica perturbada ou ameaçada". Assim, o ato jurisdicional deve consubstanciar uma "solução" que traduza e assegure "o máximo de garantia"<sup>2</sup>. Dentro dessa configuração, é natural que projeto sobre quem o pratica grave tensão, de regra por parte de interessados diretos, e em casos de maior efeito por extensas camadas da sociedade. De qualquer modo, trata-se de ato do Estado cuja finalidade última é restaurar o equilíbrio abalado, envolvendo, pois, enorme responsabilidade de quem o emite e dele exigindo discernimento e sólida formação intelectual. Daí as cautelas do legislador constituinte, que, parecendo exageradas, valorizam o perfil do magistrado.

Para melhor resguardá-lo, a Constituição revestiu de caracteres especiais a independência do Poder Judiciário, que precisa ser mantida. Será temerária toda modificação no texto ofensiva da liberdade de julgar, até para que não incida em declaração de inconstitucionalidade. Sobre os mecanismos de controle externo e interno e seu aperfeiçoamento, tivemos oportunidade de dissertar perante o IV Con-

<sup>1</sup> BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*, dedicada à turma de 1920, da Fac. de Dir. de São Paulo – Fund. Casa de Rui Barbosa, Rio, 1985, p. 21.

<sup>2</sup> CHARLIER, R.E. *Le Juge et le Service*, in *Mélanges offerts a Marcel Waline*, T. II, 1974, pp. 326-327.

gresso Nacional da Magistratura Trabalhista, realizado este ano, em Belo Horizonte. Mas o fortalecimento do controle não deve atingir o princípio de independência, dada a extensão, como a responsabilidade, do poder jurisdicional.

### 3. Amplitude da prestação jurisdicional

A agravar os encargos do juiz, acresce, como assinalou Castro Nunes já em 1943, que "o Estado cada vez mais se define pela *jurisdicionalização*, em que se traduz a sujeição dos seus atos à observância da norma geral, lei ou regulamento". Nem os regimes autoritários fogem a essa tendência. No quadro de 1964, os atos institucionais excluíram de apreciação judicial certas medidas, ou a limitaram "ao exame de formalidades extrínsecas". Mesmo a Carta de 1967, entretanto, conservou o princípio de que a lei não poderia excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual (art. 150, § 4.º), mantido até pela esdrúxula Emenda n.º 1, de 1969 (art. 153, § 4.º).

A certeza da legitimidade desse princípio restabeleceu-se, fortalecida, com o Estado de direito, a que a Constituição de 1988 acrescentou o qualificativo "democrático" (art. 1.º). Traçando o Estado de direito, necessariamente, raias ao exercício de poderes e regalias, e sendo comum a exorbitância originária de autoridade e indivíduos, há sempre ensejo de múltiplos apelos a Juizes e Tribunais, em áreas diversas e sobre questões variadas.

Ademais, a Constituição atual não se restringiu a restabelecer, em sua plenitude, o princípio segundo o qual "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (art. 5.º, inc. XXXV). Criou o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção e o *habeas data* (art. 5.º, incisos LXX, LXXI e LXXII). No âmbito privativo do Supremo Tribunal Federal ampliou os titulares da ação de inconstitucionalidade (art. 103), abrangida por omissão (§ 2.º), e a Emenda n.º 3 instituiu a ação declaratória de constitucionalidade, por acréscimo do § 4.º ao art. 103 da Constituição. Em sentido genérico, foi atribuída ao Ministério Público a função de "promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos" (art. 129, III). Ao Superior Tribunal de Justiça, a par de competência sobre vá-

rias matérias, foi reservada a de julgamento do recurso especial, fundado em questão de legalidade ou de divergência jurisprudencial (art. 105 e inciso III).

Avultam, em consequência dessas normas, o número e a índole dos dissídios. Universalizada a proteção da ordem jurídica e inovados os mecanismos de defesa dos direitos, o magistrado há de enfrentar complexas situações jurídicas e de fato, cuja solução adequada requer conhecimento científico e agudeza. No torvelinho de regras positivas, materiais e formais, de períodos diversos e não raro contraditórias, como na esfera das leis civis e das tributárias, demandam esforço singular a descoberta e o reconhecimento do preceito seguramente aplicável. Se Varas, Juntas de Conciliação e Julgamento, Turmas ou Seções especializadas limitam o campo de atuação, exigem também mais profunda percepção de domínios distintos do direito, que se vão alargando, inclusive pela renovação das relações criadas, a que não falta o impulso da tecnologia.

### 4. Princípios genéricos e fundamentais

Maior é a dificuldade porque, além dos mandamentos diretamente vinculados ao poder jurisdicional, há princípios genéricos na Constituição, que não devem ser desprezados pelo juiz. O § 2.º do art. 5.º admite o reconhecimento de direitos e garantias implícitos, desde que "decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". A norma é tradicional e sábia, vem da Constituição de 1891 (art. 78), haurida na fonte americana de 1787 (art. IX). Permite enriquecer o sistema constitucional de acordo com sua essência ou seu espírito, sem necessidade de modificação formal. Mas extrair de "direitos e garantias expressos" ou de instrumentos internacionais, por interpretação construtiva ou criadora, novas âncoras jurídicas, compatíveis com o sistema analisado, é operação mental de nível extraordinário. Pressupõe noção exata de complexo mecanismo político e jurídico estabelecido e atilada percepção de compromissos, nem sempre claros, de instrumentos da política externa.

Assinalável, ainda, é que a Constituição de 1988 encerra, no seu pórtico, e pela primeira vez entre nós, "princípios fundamentais", assim declarados. A enumeração de que a "República Federativa do Brasil" é "Estado democrático de direito", e a menção a "soberania",

<sup>3</sup> NUNES, Castro. *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, Ed. Rev. Forense, Rio, 1943, p. 3.

“cidadania”, “dignidade da pessoa humana”, “valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” e “pluralismo político”, bem como a acentuação do poder do povo, exercido “diretamente” ou “por meio de representantes eleitos”, conforme expresso no art. 1.º, o relevo dado, no art. 2.º, aos três Poderes “independentes e harmônicos”, a especificação dos “objetivos” de “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, “garantir o desenvolvimento nacional”, “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, consoante dito no art. 3.º, e as diretrizes traçadas para as “relações internacionais”, inclusive a “prevalência dos direitos humanos”, na forma do art. 4.º – tudo sob o título “princípios fundamentais” –, essas prescrições contêm pressupostos de interpretação de todo o texto. Mesmo admitido que o estilo adotado não é o mais técnico ou próprio, cabe ao exegeta considerar a finalidade superior de que se revestem tais cláusulas primeiras, vendo-as como norte ou guia de entendimento integrado do texto constitucional.

Se não se presume a existência de disposições inúteis no corpo das leis e das constituições, e se, hoje, as normas programáticas são geralmente consideradas portadoras de eficácia, é inegável que provisões inscritas como “princípios fundamentais” hão de impor-se ao juiz do intérprete. É o que obriga o relevo necessário, conforme o caso discutido, de noções como justiça social, bem comum, ou interesse público, que são valores insitos aos princípios fundamentais e ao tecido geral da Constituição. A esses cânones pode dar-se dimensão variável, no confronto com os fatos, pois não devem ser vistos abstratamente, como conceitos absolutos. Não é lógico nem jurídico, porém, ignorá-los, sem desprezo condenável ao conjunto e ao espírito da Constituição, assim como à realidade dos conflitos sociais e econômicos, que pela lei devem ser contidos ou atenuados.

##### 5. Complexidade da função judicante

É claro que a atenção a esses “princípios fundamentais” torna mais complexa a tarefa do juiz, visto que o conduz a comparar e conciliar ou distinguir múltiplas normas, gerais e específicas, para dizer o direito aplicável. A obrigação ampliada inquieta mas dignifica, como um consecratário de sua condição de jurista e de órgão oficial investido do dever da pres-

tação jurisdicional. Por isso, Gérard Duprat sublinha que “a Justiça é para a instituição social o que a verdade para o sistema do pensamento: “o valor regulador”, “um valor por natureza político”, sendo a autoridade judiciária “peça, mais ou menos importante segundo o caso e o momento, numa estratégia de relação de forças concernente à partilha do poder na comunidade social”<sup>4</sup>. A neutralidade do magistrado não o impede dessa missão, porquanto é imparcial no exame dos fatos, porém os valoriza, na indagação da verdade, e deve solidariedade à lei, na sua letra, no seu espírito, ou na força transformadora que ela encerra e dela possa ser desenvolvida, como o demonstra, lucidamente, José Eduardo Faria, divisando “os juizes em face dos novos movimentos sociais”<sup>5</sup>.

Nessa operação, que envolve conhecimento, experiência e intuição, o juiz por vezes extrai da lei, por imperiosa consideração de fatores a ela supervenientes, o que no texto está apenas envolto. É a tarefa criadora, que completa a lei ou lhe dá nova dimensão, para mantê-la contemporânea da realidade sobrevida. À luz da conveniência social de evitar que a vida em mutação constante esgote o conteúdo da norma, o juiz a estende, mediante interpretação construtiva, a situações antes imprevisíveis, mas que se enquadram no cerne da matéria originariamente regulada. Sem negar-lhe a substância ou o espírito, o juiz insufla vitalidade à norma, para conservá-la portadora de eficácia real, até que o legislador emita outro instrumento disciplinante adequado, ou inovador. Foi o que ocorreu com a correção monetária nas desapropriações.

Também influem no poder criador do juiz, conforme acentua Belaid, os princípios gerais de direito e “noções fundamentais” como “ordem pública”, “boa-fé” e “abuso de direito”, que não são conceitos “formuláveis a priori”, mas de delineamento apurável no curso do esforço de ajustar à lei às transformações da vida social<sup>6</sup>. E é, efetivamente, o que indicam os

<sup>4</sup> DUPRAT, Gérard. “Justice et participation”, in *L'État de Droit – Travaux de la mission sur la modernisation de l'État publiés sous la direction de Dominique Colas*, PUF, Paris, 1987, pp. 113-132, cits. pp. 115-116 e 123.

<sup>5</sup> FARIA, José Eduardo, *Justiça e Conflito*, Ed. RT, 1991.

<sup>6</sup> BELAID, S. *Essai sur le Pouvoir Créateur et Normatif du Juge*, L.G.D.J., Paris, 1974, pp. 341-343.

arts. 4.º e 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil, sobretudo quando se referem, o primeiro, “aos princípios gerais de direito”, e o outro, “aos fins sociais da lei” e “às exigências do bem comum”.

#### 6. Traços da jurisprudência brasileira

A tradição da jurisprudência brasileira, se não é de audácia, revela penetração bastante para situar as normas em presença da realidade e delas colher efeitos conciliáveis com o tempo de sua aplicação.

Por seu relevo histórico e político, recorde-se, com primazia, a “teoria brasileira do *habeas corpus*”, com que o Supremo Tribunal Federal, no início da República e da vigência da Carta de 1891, sob provocação de Rui Barbosa, diante de crescentes atos de arbítrio e da falta de remédios específicos estendeu a garantia constitucional a outros direitos, que não o de locomoção, embora baseado nele. E a extensão pretoriana prevaleceu até a reforma constitucional de 1926, que restringiu, formalmente, a garantia ao direito de ir e vir (§ 22 do art. 72).

Em estudo sobre “perspectivas do controle de constitucionalidade”, fixamos exemplos marcantes da função criadora da jurisprudência nos regimes de 1934, 1946 e 1967. Em todos se observa que a Corte Suprema não admitiu a anulação de sua competência corretiva de abusos, em submissão à letra de regras circunstanciais. Comprobatória dessa atitude é a orientação que firmou em face do art. 18 das Disposições Transitórias da Constituição de 1934, que considerou “aprovados os atos do Governo Provisório, dos interventores federais nos Estados e mais delegados do mesmo governo e dos seus efeitos”. Como salientamos no trabalho referido, era uma regra discricionária no fecho da Constituição. A Corte Suprema oscilou no entendimento da cláusula. Se declarou que encerrava verdadeiro “bill de indenidade”, não cumprindo ao judiciário “abrir distinção entre atos legais e ilegais”, também firmou que aprovados foram “somente os atos que se continuam nas facultades outorgadas a essas autoridades”. Acórdão lavrado pelo Ministro Costa Manso, distinguindo sabiamente onde o legislador generalizou, concluiu: “tratando-se de ato comum da administração, sem caráter político ou discricionário, está sujeito à apreciação dos Tribunais Judiciários”. Desse modo, a Corte excepcionou dentro do que o constituinte pretendia enfeixar num molho insepará-

vel e indistinguível. Diretriz equivalente a essa adotou o Tribunal ao declarar a inconstitucionalidade parcial do Decreto n.º 322, de 1967, editado com base no art. 58, I, da Carta autoritária também de 1967, e concernente à segurança nacional. Além de assentar que o “conceito de segurança nacional” não era “indefinido nem vago, nem aberto àquele discricionarismo do Presidente da República ou do Congresso”, a decisão elucidou que nele não cabia “assunto miúdo de Direito Privado ... como a purgação da mora nas locações contratadas com negociantes como locatários”<sup>7</sup>.

Na vigência da Constituição de 1988, diversa não é a direção da jurisprudência. O Supremo Tribunal Federal já tornou explícito – cremos que pela primeira vez, entre nós – o poder de declarar inconstitucional norma decorrente de emenda à Constituição, ao suspender a cobrança do Imposto sobre Movimentação Financeira – IPMF, por violação ao princípio da anualidade (CF, art. 150, III, *b*) e ao da imunidade recíproca entre as entidades da Federação (art. 150, VI, *a*)<sup>8</sup>.

Outras decisões vão rasgando novos horizontes. A Constituição estabelece, no parágrafo único do art. 62, que “as medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação”. Esclarecendo ou completando o texto, o Supremo Tribunal decidiu que “a perda retroativa de eficácia jurídica da medida provisória ocorre tanto na hipótese de explícita rejeição do projeto de sua conversão em lei quanto no caso de ausência de deliberação parlamentar no prazo constitucional de trinta (30) dias”<sup>9</sup>. Interpretando o alcance do art. 93, inciso II, alíneas *a* e *b*, da Carta federal, a alta Corte fixou que “não pode o ato normativo primário ou secundário privilegiar a antigüidade, na promoção por merecimento do magistrado, mais do que faz a Constituição”<sup>10</sup>. Acentuando que “não há direito adquirido contra a Constituição” e conferindo

<sup>7</sup> MARINHO, Josaphat. “Perspectivas do Controle de Constitucionalidade”, in *Notícia do Direito Brasileiro*, publicação anual do corpo docente do Departamento de Direito da Univ. de Brasília, 1977, pp. 31-51, cits. pp. 42 e 45.

<sup>8</sup> Acórdão.

<sup>9</sup> Acórdão na ADIn n.º 293-93 – Rel. Min. Celso de Mello.

<sup>10</sup> Acórdão na ADIn n.º – Rel. Min. Carlos Velloso.

dimensão compatível com o sentido ético e político do art. 37, inciso I, além de fazer remissão ao precedente da ação direta de inconstitucionalidade n.º 245, o Supremo Tribunal considerou firmado “o entendimento de que, em face da atual Constituição, não mais se admitem, dada a necessidade de concurso público para as diferentes formas de provimento derivado de cargo que não decorrente de concurso, institutos como, entre outros, o da ascensão funcional e o da transformação de cargos”<sup>11</sup>. Com a mesma acuidade, decidiu, em processo de Mato Grosso, que “padecem dos vícios de forma e de fundo normas da Constituição do Estado que revelem a criação de cargos de Conselheiro-Substituto a serem preenchidos sem concurso público, atribuindo-se aos ocupantes atividade própria dos auditores”<sup>12</sup>. *Eis alguns exemplos em que a Suprema Corte valorizou, mais do que a letra ou os limites formais, o sentido político ou educativo da norma, dando-lhe compreensão impeditiva da prevalência de artifícios, ou de aspectos secundários.*

O Superior Tribunal de Justiça, contemporâneo da Carta de 1988, já vem adotando, também, interpretação condizente com a realidade cultural. Deu compreensão ampla ao art. 8.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, apesar das condicionantes nele estabelecidas, e assegurou “ao militar anistiado as promoções a que teria direito se permanecesse na ativa”. E o fez admitindo que o militar “lograria êxito” na carreira, “se não fossem suprimidas idênticas oportunidades, por ato de exceção”<sup>13</sup>. Com agudeza reconheceu que o mandado de segurança contra decisão judicial “substancialmente, configura medida cautelar”<sup>14</sup>. Em sucessivos julgamentos, em recurso especial, tem admitido, clarivamente, o pré-questionamento “implícito”, proporcionando o exame da causa<sup>15</sup>. Ainda em

recurso especial, já decidiu que, “em face da nova ordem constitucional, que abriga o princípio da igualdade jurídica dos filhos, possível é o ajuizamento da ação investigatória contra genitor casado”. E acentuou: “Em se tratando de direitos fundamentais de proteção à família e à filiação, os preceitos constitucionais devem merecer exegese liberal e construtiva, que repudia discriminações incompatíveis com o desenvolvimento social e a evolução jurídica”<sup>16</sup>.

De esperar é que toda essa orientação se consolide e se amplie, para que os textos normativos encontrem sempre, nas Cortes e na opinião dos juizes, o suporte necessário a sua justiça e a seu alcance social. Com igual espírito, há de aguardar-se o instante em que o conhecimento de matéria constitucional, sobretudo no Supremo Tribunal e à vista do art. 102, não dependa de pré-questionamento. O que é pressuposto da função de julgar, máxime na ordem constitucional, prescinde de iniciativa das partes.

#### 7. O juiz, o legislador e o Estado de direito

Esse papel construtivo ou criador do juiz não invade a competência legislativa, se é inspirado na norma escrita e com o objetivo de mantê-la eficaz e atual, diante dos fatos. Assim exercitado, integra ou compõe o trabalho do legislador, concorrendo para que o direito positivo não seja imobilizado nos seus contornos formais, enquanto a vida muda e gera novas relações. Como as leis não se alteram paralelamente às transformações sociais, políticas, econômicas e tecnológicas, o poder renovador do juiz amortece o atraso delas em confronto com a realidade, reduzindo aquela revolta dos fatos contra os códigos, da penetrante observação de Gaston Morin.

Conjugando prudência e energia intelectual, o magistrado ou Tribunal, sem desconhecer a lei escrita nem a doutrina, e não se escravizando a nenhuma delas, deve realizar, a serviço da sociedade, objetiva política jurídica. Se o positivismo jurídico argüi que somente a norma é dado concreto apreciável, a realidade responde-lhe que o direito, por sua índole social, se cria como instrumento para a vida sempre em mudança: dela se constitui força disciplinadora, não de enclausuramento.

Na interseção de um para outro século e na infância de uma Constituição nascida há cinco anos com a marca do Estado democrático

<sup>11</sup> Acórdão no RE n.º 157.538-93 – Rel. Min. Moreira Alves.

<sup>12</sup> Acórdão na ADIn n.º 184-93 – Rel. Min. Marco Aurélio.

<sup>13</sup> Ac. 1.ª seção no MS n.º 1.327-0, Rel. Min. Peçanha Martins.

<sup>14</sup> Ac. 6.ª T. no RMS n.º 2.043, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro.

<sup>15</sup> Acs.: RESP n.º 9.088, Rel. Min. Milton Ferreira; RESP n.º 27.939, Rel. Min. Pádua Ribeiro; RESP n.º 12.015, Rel. Min. Gomes de Barros.

<sup>16</sup> Acórdão 4.ª T. no RESP n.º 7.631, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo.

de direito, o magistrado não pode escusar-se a essa tarefa grave, mas engrandecedora da função de julgar. O Estado de direito expressamente consagrado, apesar de ser um conceito polêmico, contém valores permanentes, que se encerram na noção de poderes e direitos limitados, para que prospere o bem comum.

Em recentes trabalhos elaborados sobre a modernização do Estado francês, Michel Mialle examinou, precisamente, *Le retour de l'État de Droit*. Com singular perspicácia, salienta que "refletir sobre o Estado de direito, hoje, é considerar não só a importância da questão, mas, sobretudo, que ela interroga nossa sociedade e nosso futuro, a partir do que parece fundamental". Situa valores fundamentais ou "evidentes", como a proteção pelo direito, o respeito ao indivíduo, o caráter necessariamente limitado do poder público. Realça que, "na expressão Estado de direito, a palavra *direito* é mais importante que a palavra *Estado*: isto significa que uma hierarquia impõe o direito ao Estado, submetendo os governantes a normas que organizam suas próprias sanções". E raciocina, com visão sociológica, que "não se pode mais pensar a crise atual como uma disfunção provisória ou como o acesso a um novo mundo reunificado, mas, ao contrário, como um novo modo de existência social: em realidade, com a mudança social, transformou-se a representação dessa mudança"<sup>17</sup>.

#### 8. Interseção de riscos

Nesse "novo modo de existência social", o homem integrado em instituições profissionais, políticas e culturais, ou estranho a elas mas constantemente informado pelos meios de comunicação, quer ver no direito, inteligentemente interpretado, e nos seus agentes, um obstáculo à expansão da injustiça na comunidade. Assim há de ver, ou a idéia de ordem, considerada obsoleta ou inútil, não será impedimento à maré montante da rebeldia de multidões. Ou os Poderes se congregam na diligência pela contenção das ondas que se avolumam, ou o sofrimento desespera das formas legais inadequadas, ou impropriamente interpretadas e aplicadas.

Cumpra aos órgãos do Estado ter presente, nessa travessia de perigos, a advertência de Georges Burdeau: "o Poder é um fato que não se sustenta senão por crenças"<sup>18</sup>. É exato: se as crenças amorteçam, sobrevem a desilusão, geradora de resistência à ordem constituída. A prudência aconselha a políticos e juizes, e a quem mais detenha uma parcela de Poder, que se esforcem por evitar o desengano coletivo. As crenças podem confrontar-se, na busca de preponderância, sobretudo nas fases de crise. É próprio do sistema democrático. Mantê-las vivas, porém, dentro do processo de mudança, é essencial ao regime de liberdades e ao desenvolvimento nacional pacífico. Distante das forças em conflito, o Poder Judiciário deve exercer, na contenção dos riscos, assinalável papel de equilíbrio.

<sup>17</sup> MIALLE, Michel. "Le retour de l'État de Droit", in *L'État de Droit*, obra coletiva cit., pp. 217, 226, 242, 250.

<sup>18</sup> BURDEAU, Georges. *L'État*, Editions Seuil, Paris, 1970, p. 77.