

## OS “DONOS” DO PODER JUDICIÁRIO: UMA CRÍTICA À DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL, A PARTIR DE MAX WEBER E RAYMUNDO FAORO

Danilo Pereira Lima\*

### RESUMO

O presente Artigo demonstra que existe uma relação entre a discricionariedade judicial e o exercício personalista do poder político; ao destacar que o voluntarismo, presente na atuação dos Magistrados, pertence ao tipo de dominação tradicional, descrito por Weber; e, muito bem analisado por Raymundo Faoro, em *Os Donos do Poder*. Essa análise crítica da discricionariedade judicial foi desenvolvida sob o marco teórico da Crítica Hermenêutica do Direito, de Lenio Streck. A partir desse aporte teórico, o Artigo aponta para a necessidade de se fortalecerem anteparos jurídicos contra qualquer manifestação personalista do Judiciário; de modo a impedir que o direito seja solapado por argumentos de política, escolhidos, arbitrariamente, por Juízes.

**Palavras-chave:** Estamento; Discricionariedade; Jurisdição. Hermenêutica.

### 1 INTRODUÇÃO

De acordo com Max Weber (1994), a dominação política é a probabilidade de se alcançar a obediência para determinadas ordens, emitidas dentro de um grupo social. Nesse sentido, em qualquer sociedade, estão presentes diversos fundamentos para a submissão de algumas pessoas, em relação à autoridade. Esses fundamentos podem estar baseados em elementos puramente afetivos; em interesses materiais; ou, em motivos ideais; que se somam sempre à crença na legitimidade. Todas essas formas de dominação procuram fortalecer a crença na legitimidade, para alcançar maior persistência entre as pessoas (WEBER, 1994). Desse modo, ao voltar-se para o grande tema de seus estudos – que era a ascensão do capitalismo moderno e o processo de racionalização na conduta da autoridade política –, Weber (1994) se concentrou, principalmente, na análise dos fundamentos da dominação política.

---

\* **Danilo Pereira Lima**. Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Membro do Grupo “*Dasein* – Núcleo de Estudos Hermenêuticos” (UNISINOS). Professor de Teoria Geral do Estado e Ciência Política.

Para melhor compreender esse fenômeno, Weber (1994) elaborou os tipos ideais de dominação. Em sua teoria sociológica, os tipos ideais estão baseados na teoria kantiana do conhecimento, já que os conceitos de dominação racional-legal, tradicional e carismática remontam à noção do sujeito transcendental; que elabora seus próprios conceitos, como estruturas cognitivas para a compreensão de sua realidade social. Eles existem, somente, no plano das ideias; e, jamais se apresentam da mesma forma, em situações, efetivamente, observáveis. Diante dos tipos ideais, a realidade social sempre se apresenta de forma autônoma e mais complexa (NEVES, 2012, p. 227). Conforme Gabriel Cohn (1979, p. 62),

[...] no estudo dos fenômenos histórico-culturais, portanto, os conceitos são mais pobres em conteúdo que as manifestações individuais da realidade a que se aplicam; eles envolvem uma seleção daquilo que é ‘essencial’ para o historiador nos conteúdos dos seus objetos.

Desse modo, os tipos ideais assumem, no plano metodológico, o papel de orientar o cientista, na observação da inesgotável quantidade de fenômenos, presentes na vida social; já que a realidade não se impõe à análise, como algo já dado; mas, é constituída como objeto do conhecimento, pelos procedimentos metódicos do pesquisador (COHN, 2001). De acordo com Gabriel Cohn (2001, p. 22),

[...] não se trata de reproduzir em ideias uma ordem objetiva já dada, mas de atribuir uma ordem a aspectos selecionados daquilo que se apresenta à experiência como uma multiplicidade infinita de fenômenos. É claro que isso envolve uma postura ativa do pesquisador, que não é concebido como um metódico registrador de ‘dados’, mas tampouco é mero veículo para a introdução de tais ou quais ‘visões do mundo’ nos resultados da pesquisa.

Esse aspecto da metodologia weberiana tem ligação com a filosofia neokantiana de Heinrich Rickert, pois sustenta, da mesma forma que o filósofo alemão, que a realidade social, enquanto objeto de análise, é uma matéria informe que a Ciência deve elaborar e construir. A construção do objeto da Ciência está relacionada com as questões, propostas pelo próprio observador. Assim, segundo Raymond Aron (1982, p. 472), “[..] (na sociologia weberiana), as Ciências Humanas são animadas e orientadas por questões que os cientistas dirigem à realidade”. Os tipos ideais weberianos têm relação com o processo de racionalização, característico da sociedade capitalista e da Ciência moderna; vinculando-se a uma concepção analítica e parcial da causalidade. Com esses instrumentos metodológicos, Weber (1994) procurou tornar mais inteligível a matéria social ou histórica; já que esta

sempre se constitui, de maneira confusa e obscura, para aqueles que a vivencia(ra)m. Portanto, os tipos ideais são apresentados como instrumentos indispensáveis para a execução da pesquisa, nas Ciências Histórico-sociais, ao ajudar na localização dos fenômenos, considerados significativos na realidade social.

A partir dessas formulações metodológicas, Weber (1994) apresenta três formas puras de dominação política, ao destacar os principais fundamentos de obediência de uma comunidade, em relação a uma determinada autoridade. Esses fundamentos podem se apoiar em diversos fatores, como por exemplo: considerações utilitárias de vantagens; o mero costume; o afeto pessoal da maior parte da comunidade, em relação a uma liderança; ou, em bases jurídicas; que, no caso, apresentam-se como fundamentos mais estáveis de legitimidade. Os três tipos puros de dominação são denominados por Weber (1994) como: Tradicional, Carismático e Racional-legal.

A Dominação Tradicional está baseada na crença dos súditos, em relação à virtude e santidade dos poderes senhoriais, existentes há muito tempo. Sua forma mais significativa é o domínio patriarcal, no qual o senhor e seus servos mantêm relações de fidelidade, estabelecidas não por critérios formais; mas, por meio do mandonismo de quem exerce o poder. A graça, o livre arbítrio, o prazer, a simpatia ou a antipatia são os valores que orientam as decisões do senhor sobre a comunidade. Inexiste, nesse tipo de dominação, um quadro burocrático, com jurisdição definida por um estatuto legal. O quadro administrativo é formado, segundo critérios pessoais do senhor; que, na maioria dos casos, procura se cercar de pessoas que possuem algum vínculo de fidelidade com ele; como por exemplo: parentes, amigos e funcionários domésticos. Tudo é mantido pelo patrimônio do senhor; não existindo, por parte dos funcionários, nenhuma garantia contra o seu arbítrio. Segundo Weber (1994), nesse modo de dominação, existem duas estruturas distintas de organização administrativa: o patriarcalismo e o estamento. De acordo com ele, no último caso, os funcionários teriam uma maior independência pessoal, em relação ao senhor (WEBER, 1994).

A Dominação Carismática é mantida pelo poder excepcional que um líder mantém, em relação aos seus seguidores. É como se alguém possuísse uma capacidade sobrenatural, de heroísmo, de faculdades mágicas ou poder intelectual, capaz de colocá-lo numa posição de destaque, dentro de uma comunidade. O vínculo estabelecido entre o líder e seus seguidores não é pautado por um estatuto legal. Segundo Weber (2001, p. 135), “[...] o tipo que manda é o *líder*. O tipo que obedece é o ‘*apóstolo*’”. Sua administração, também, carece de qualquer orientação legal, na execução de seus atos; sendo a irracionalidade um elemento característico

dela; com o seu líder atuando, principalmente, por meio da revelação ou criação momentâneas. Tem um caráter autoritário, em sua forma mais pura, como nos casos do *Führer*, na Alemanha nazista; do *Duce*, na Itália fascista; e do *Vozhd*, na URSS stalinista. Todos esses títulos representavam algo como o “grande guia”, “o condutor”, “o líder” ou “o chefe”; sendo aplicado em todos os casos para definir aquele que detinha a grande missão de conduzir seu povo (WEBER, 2001).

A Dominação Racional-legal tem relação com a formação do Estado moderno e a atuação de seu corpo burocrático. Sua ideia básica é a existência de uma Constituição, responsável pela limitação do poder político; e, pelo estabelecimento de procedimentos que devem definir como um direito deve ser criado ou modificado. O corpo de funcionários, que tem a função de zelar pelos negócios da administração pública, está subordinado a um estatuto legal; que, no caso, deve orientar a sua atuação, dentro da máquina estatal. A submissão ou obediência a uma pessoa não ocorre em virtude de algum privilégio, mas de uma regra estatuída que deve determinar quem e em que medida as ordens dessa pessoa devem ser obedecidas. A pessoalidade, muito presente nas outras formas de dominação, deve ser completamente afastada na condução dos serviços públicos; sendo estes conduzidos, de forma objetiva, segundo regras racionais, estabelecidas pelo Ordenamento Jurídico (WEBER, 2001). A grande preocupação de Weber (1994), nesse tipo de dominação, está no risco de um crescimento descontrolado e excessivo da burocracia; e, com sua autonomização, em relação à sociedade.

É nessa perspectiva teórica que a Sociologia Weberiana analisa a transição da Idade Média para a Modernidade. As transformações sociais, políticas e econômicas, ocorridas a partir da ascensão do capitalismo, exigiram outra forma de organização do poder; que, durante a Idade Média, encontrava-se disperso e fragmentado. Baseado numa ordem estamental, o feudalismo se destacava pela rigidez social e pelo domínio da pessoalidade, nas relações políticas e econômicas. Guerras eram motivadas, muitas vezes, por questões pessoais. As corporações de ofício eram dominadas pela pessoalidade; distinguindo-se, claramente, da moderna indústria capitalista e de sua ordem racionalizada de produção. Dessa forma, a transição para a Modernidade, muito bem analisada por Weber (1994), inaugurou o processo de despersonalização do poder; que resultou na formação do Estado e de sua burocracia.

Com apoio nesse referencial metodológico, o presente Artigo pretende demonstrar que existe uma relação muito próxima entre a discricionariedade judicial e o exercício personalista do poder político; ao destacar que o voluntarismo, presente na atuação institucional dos

Magistrados, está envolvido no tipo de Dominação Tradicional, descrito por Weber (1994); e, muito bem analisado por Raymundo Faoro (2001) em *Os Donos do Poder: Formação do Patrono Político Brasileiro*; para depois, entrar no problema da discricionariedade judicial, ao demonstrar a relação desse desvio personalista do Poder Judiciário, com o tipo weberiano de Dominação Estamental.

## **2 RAYMUNDO FAORO E SUA INTERPRETAÇÃO DO BRASIL, A PARTIR DE MAX WEBER**

Existem diversas maneiras de se analisar a formação do Estado brasileiro e sua estrutura de dominação política. São interpretações que envolvem questões históricas e teóricas que se determinam, reciprocamente; sempre aglutinadas em determinadas orientações ou linhagens do pensamento social. Algumas orientações priorizam um ou outro aspecto da sociedade; enquanto, outras procuram formular visões mais integrativas, que relacionam o econômico, o político e o jurídico, para melhor traçar sua linha de estudo. Autores como Gilberto Freyre (2012), Sérgio Buarque de Holanda (2015), Caio Prado Jr (2012) e Raymundo Faoro (2001), apresentaram estudos bem interessantes nessa seara; inovando na maneira de se estudar e compreender a realidade brasileira. Com posições teóricas bem diferentes, cada um desses autores apresentou importantes contribuições para explicar as transformações da sociedade brasileira; e, ofereceu diferentes respostas para uma questão que continua a inquietar os estudiosos das Ciências Sociais: afinal, como foi construída a história institucional desse país, ao longo do tempo?

Nesse sentido, foi a partir de *Casa-grande e Senzala, Raízes do Brasil e Evolução Política do Brasil*, que uma geração, formada na década de 1930, começou a formular respostas inovadoras para o pensamento político-social brasileiro. O anticonvencionalismo e o volume de informação, apresentados nessas três obras, foi resultado da incorporação de novos referenciais teóricos que ajudaram a superar o velho problema da degeneração racial; muito presente em autores como Oliveira Viana (1987) e Sílvio Romero (2001). Desse modo, essas três obras tiveram enorme importância para a formação do pensamento político brasileiro; e, influenciaram toda uma geração, constituída na primeira metade do século XX, num período marcado pela modernização do Estado e da sociedade, após a ascensão da Ditadura Vargas.

Apesar da originalidade e do indiscutível brilhantismo, presente nos trabalhos de Gilberto Freyre (2012), Sérgio Buarque de Holanda (2015) e Caio Prado Jr. (2012), é possível

perceber que certos aspectos teóricos, presentes em suas respectivas obras, acabaram impedindo uma análise mais completa da realidade brasileira. No primeiro caso, o projeto teórico de *Casa-grande e Senzala* e *Raízes do Brasil* foi desconstruído pelo antropólogo Dante Moreira Leite (2017), que, na década de 1950, apresentou um trabalho esclarecedor a respeito das deficiências de diversas obras, que se enveredaram pela análise do caráter do povo brasileiro, ao demonstrar a inexistência de qualquer prova científica, capaz de afirmar que um povo possa ter características psicológicas, inexistentes em outro; como acontece com o estereótipo do “jeitinho brasileiro”, para tratar do problema da corrupção, na esfera pública; já, com relação ao segundo caso, a tentativa de explicar a realidade brasileira, por meio do referencial teórico marxista, adotado pela primeira vez por Caio Prado Jr. (2012), em *Evolução Política do Brasil*, foi criticado por Raymundo Faoro (2001), em *Os Donos do Poder: Formação do Patrono Político Brasileiro*, que demonstrou as limitações do materialismo dialético, para a compreensão das Instituições Políticas, na sua totalidade.

Com efeito, em 1958, Faoro produziu um longo ensaio a respeito da formação do patronato político brasileiro, que propiciou um novo manejo dos diversos conceitos que Max Weber utilizava, para analisar a realidade europeia. Antes de Raymundo Faoro (2001), Sérgio Buarque de Holanda (2015) havia feito uso do conceito de patrimonialismo, para definir a personalidade do homem brasileiro, caracterizada por ele, como “homem cordial”; e, que, na vida pública, não era capaz de distinguir o interesse particular do interesse público. No entanto, diferentemente de Sérgio Buarque de Holanda, Faoro procurou explicar que as origens dos diversos problemas, existentes na realidade política brasileira, não estavam na personalidade dos homens; mas, sim, em outros elementos político-institucionais, que tiveram seu nascedouro no século XIV, durante a formação do Estado português. Nesse sentido, os desvios que aconteciam, na esfera pública, deixaram de ser explicados como uma característica do caráter do povo brasileiro, para serem analisados como uma questão, relacionada à estrutura de poder, que os portugueses implantaram, durante a colonização.

A interpretação de Faoro (2001) toma como traço dominante da história do Brasil a tutela autoritária da sociedade, pelo Estado. Para ele, essa situação contrariava a análise marxista, ao demonstrar que o Estado não agia, de maneira mais autônoma; somente, em momentos históricos excepcionais, numa situação onde as classes sociais alcançavam maior equilíbrio político. A maneira como Faoro (2001) compreende a formação do Brasil, também, coloca-se numa posição antagônica à tradição privatista, sustentada por Oliveira Viana (1987) e Nestor Duarte (1966); que, no caso, davam maior ênfase ao poder dos grandes proprietários

territoriais, frente ao Estado. Para Faoro (2001), as experiências políticas de Portugal e do Brasil haviam desmentido essas teses, ao proporcionar o nascimento de um Estado independente e autônomo; que se coloca sempre acima da própria nação. Em todos os períodos históricos, o estamento se comportaria como verdadeiro árbitro da sociedade. Assim, de acordo com Bernardo Ricupero e Gabriela Ferreira, “[...] o maior problema do Brasil não é, para Faoro, a falta de poder do Estado; mas, justamente, o oposto: o poder estatal, oprimindo a nação”. (RICUPERO; FERREIRA, 2005, p. 46)

Dessa forma, de acordo com Faoro (2001), o Estado brasileiro foi formado por um estamento patrimonialista, adequado ao modelo tradicional de dominação política; capaz de se amoldar a todos os momentos de transição; e, perpetuar um controle político; onde o exercício do poder não é uma função pública; mas, simplesmente, objeto de apropriação de interesses privados. Segundo ele, esse estamento burocrático jamais correspondeu àquela burocracia moderna, como um aparelhamento neutro, constituído em carreira administrativa e que sempre deve atuar, com padrões bem assentados de racionalidade e legalidade. Desse modo, o estamento burocrático encontra-se posicionado acima dos demais setores da sociedade brasileira; dedicando-se, unicamente, a tomar conta dos cargos, oferecidos pela administração pública; e, sempre se posicionando no melhor lugar para a defesa de interesses, meramente, privados; já que, para esse “nobre” setor, o público e o privado nunca estão totalmente separados.

A interpretação de Faoro (2001) demonstrou que, desde o início da colonização, predominou, no Brasil, a força e o arbítrio do poder central; que apareceu, primeiramente, durante o domínio português; atravessou o Império e chegou à República; sendo exercido, de maneira autoritária, pelo estamento burocrático. Ao contrário da interpretação marxista, Faoro (2001) evidenciou que o Estado brasileiro não era reflexo dos interesses de uma classe dominante; primeiramente, manifestados pelos latifundiários; e, um pouco mais tarde, pela burguesia, que mal havia se constituído enquanto tal. Na verdade, acima das classes, sempre esteve um grupo social, controlando a máquina pública e exercendo o poder político, em causa própria.

Desse modo, a partir dos elementos, apresentados por Faoro, é possível compreender a difícil relação entre direito e política, ao longo da história brasileira. Na verdade, a história do constitucionalismo brasileiro foi, na maioria dos casos, a história do poder político arbitrário; sobrepondo-se ao direito. Aqui, a maior parte dos mecanismos jurídicos serviu, apenas, para

fortalecer o autoritarismo, exercido pelo Governo Central, que procurava incorporar, apenas *pro forma*, os diversos Institutos, elaborados pelo constitucionalismo moderno. Assim,

[...] mandar, e não governar, será o alvo – mando do homem sobre o homem, do poderoso sobre o fraco, e não o institucionalizado comando, que impõe, entre o súdito e a autoridade, o respeito a direitos superiores ao jogo do poder. (FAORO, 2001, p. 357)

### **3 A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL COMO UMA HERANÇA ESTAMENTAL**

Um elemento fundamental para se entender a separação entre o público e o privado pode ser encontrado num conceito de Teologia Política; formulado no século XV. De acordo com uma doutrina muito difundida na Inglaterra, durante esse período, o monarca era constituído por dois corpos: um natural e outro político. O primeiro corpo estava sujeito às enfermidades, aos problemas, ocasionados pela velhice; e, a todas as deformidades que ocorriam com os corpos naturais das demais pessoas; já, o segundo corpo era perfeito, incorruptível; e, nunca podia ser tocado ou ter seus atos invalidados, devido a alguma incapacidade, presente no corpo natural. Constituía uma unidade indivisível, capaz de afastar todas as imperfeições, encontradas no corpo natural; sendo este sempre inferior ao corpo político. Nesse sentido, a teoria dos dois corpos do rei propugnava que a Instituição Política deveria se colocar acima da pessoa física do monarca. (KANTAROWICS, 1998)

Muitos séculos depois, essa teoria pode ser utilizada como uma boa metáfora para se explicar a necessária separação entre o cargo público de Magistrado e a esfera privada de quem o exerce. Na metáfora dos dois corpos do rei, a decisão judicial não pode ser sinônimo de escolha; pois a função pública nunca pode ser encarada como uma extensão da esfera doméstica. Para os Juízes, as escolhas devem ocorrer, apenas, no âmbito das relações privadas; a partir das concepções de mundo de cada um (STRECK; TOMAZ DE OLIVEIRA, 2012). Já, com relação ao exercício da Magistratura, a situação deve ser vista por outro ângulo, pois a decisão judicial é sempre o exercício de uma função pública. Para um regime democrático, não interessa o posicionamento político-ideológico de um juiz; pois a sua atuação, no âmbito do Poder Judiciário, nunca poderá ser constituída como reflexo de suas preferências pessoais. Esse é o compromisso que todo Magistrado deve assumir, numa república democrática. Nesse sentido, de acordo com Streck e Tomaz de Oliveira (2012, p. 15-16, grifo dos autores),

[...] a decisão – no nosso caso, a decisão jurídica – não pode ser entendida como um ato em que o juiz, diante de várias possibilidades possíveis para a solução de um caso concreto, escolhe aquela que lhe parece mais adequada. Com efeito, *decidir* não é sinônimo de *escolher*. Antes disso, há um contexto originário que impõe uma diferença quando nos colocamos diante destes dois fenômenos. A *escolha*, ou a eleição de algo, é um ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades, *sem que isso comprometa algo maior do que o simples ato presentificado em uma dada circunstância*. Há no direito uma palavra técnica para se referir à escolha: discricionariedade. Portanto, quando se diz que o juiz possui poder discricionário para resolver os ‘casos difíceis’, o que se afirma é que, diante de várias possibilidades de solução do caso, o juiz pode escolher aquela que melhor lhe convier.

Contudo, numa sociedade, como a que existe no Brasil, onde vários aspectos da Dominação Estamental, ainda, permanecem presentes; a distinção entre a esfera pública e a esfera privada ganha contornos um tanto quanto confusos. Constantemente, Juízes de todas as instâncias proferem decisões autoritárias, que fragilizam a autonomia do direito e a supremacia constitucional; ao confirmar a tese de que, no Poder Judiciário, a Dominação Estamental se faz presente, nos momentos em que o ativismo judicial se manifesta.

Os desvios praticados pelos Magistrados ajudam a esvaziar o princípio republicano, de qualquer sentido prático. Um juiz não é dono de seu cargo; mas, mero portador de uma função pública; que, em nenhum momento, pode ser confundida com um objeto de dominação individual. Nesse sentido, Fábio Konder Comparato (2005, p. 101) afirma que,

[...] a essência do regime político republicano encontra-se, pois, na distinção entre o interesse próprio de cada um em particular e o bem comum de todos, com a exigência de que este se sobreponha sempre àquele.

O contrário dessa afirmação sempre será uma manifestação arbitrária do poder; fazendo com que tudo dependa da vontade autoritária daqueles que instrumentalizam o cargo público, para o seu próprio benefício. Por isso, no Estado Democrático de Direito, a atuação das Instituições deve ser pautada, sempre, pelo princípio republicano, ao impedir que qualquer agente público, pertencente ao Executivo, ao Legislativo e ao Judiciário, possa se sobrepor ao direito.

No Constitucionalismo Contemporâneo, deve predominar a autoridade racional-legal, conforme os três tipos de dominação, analisados por Max Weber (1994). Ao contrário da Dominação Estamental, a autoridade racional-legal insiste na separação, tanto física quanto jurídica, das esferas pública e privada. E, isso deve ser visível, na organização moderna do serviço público, ao separar a atividade oficial do domicílio particular do funcionário. No domínio racional-legal, a base de legitimidade de qualquer autoridade está inserida em um sistema coerente de regras abstratas. Segundo Anthony Kronman (2009, p. 80),

[...] todas as formas de autoridade racional-legal se baseiam em um apelo a normas que foram promulgadas deliberadamente e cuja força vinculante é tida como resultante do próprio fato da sua promulgação de acordo com alguma prática ou procedimento previamente acordado.

Dessa maneira, o que deve predominar, no âmbito de qualquer repartição pública – incluindo o Poder Judiciário – é sempre a impessoalidade e a igualdade formal de tratamento; fazendo com que, tanto aqueles que proferem ordens, como os que as cumprem, estejam subordinados à supremacia constitucional.

No entanto, o predomínio de relações estamentais, no Poder Judiciário, ajuda a subverter a ordem republicana, ao fazer com que os interesses privados de uma elite política, que comanda o país, sobreponham-se ao próprio direito. Essa situação pode ser observada, principalmente, naquilo que Lenio Streck (2012) chamou de criminalização da pobreza. Na verdade, em pleno Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário tem colaborado para fortalecer um paradigma patrimonialista do Direito Penal, ao fazer com que esse ramo do Direito sirva, fundamentalmente, para a proteção da propriedade privada; enquanto, os crimes, praticados pela elite política e econômica, responsáveis por erguerem verdadeiros entraves à concretização do projeto constitucional – como é o caso da sonegação de tributos e da lavagem de dinheiro –, acabam, quase sempre, passando despercebidos pelo Poder Judiciário (STRECK, 2012). Isso é mais uma demonstração de como os interesses privados, de um setor minoritário da sociedade brasileira, acabam se sobrepondo à República.

Por isso, além de limitar a atuação do poder político, a supremacia constitucional espera que o Poder Judiciário aplique a Lei, de maneira coerente e republicana, ao fazer com que um argumento de princípio sempre se sobreponha aos posicionamentos privados de seus membros. Lenio Streck e Tomaz de Oliveira (2012, p. 11) afirmam que,

[...] toda e qualquer decisão jurídica só será correta [...], na medida em que dela seja possível extrair um princípio. Vale dizer, uma decisão judicial – hermeneuticamente correta – se sustenta em uma comunidade de princípios.

Os direitos e as garantias fundamentais não podem ficar a mercê das tentações autoritárias, persistentes no Poder Judiciário. Em um regime democrático, não existe nenhum momento em que a vontade de determinado agente público possa cancelar ou suspender a aplicação do direito. Todos os agentes públicos devem estar sujeitos aos controles, estabelecidos, constitucionalmente. Assim, a autonomia institucional, conferida ao Poder

Judiciário, não pode ser confundida com privilégios setoriais, que tornariam inquestionáveis seus próprios atos.

A permanência de uma postura estamental compromete a visão de que o Poder Judiciário possa funcionar como um importante depositário das expectativas de realização constitucional. A imposição de uma representação subjetiva ou de uma consciência isolada sobre a moralidade, instituída pela comunidade política, enfraquece as conquistas constitucionais; pois, reforça a pessoalidade, em um espaço onde deveria vigorar a impessoalidade e a intersubjetividade. Nos termos trabalhados por Lenio Streck (2011), há um direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição, que sempre deve se sobrepor às posições político-ideológicas do juiz; e, fazer com que a decisão judicial esteja adequada ao sentido do direito, projetado pela comunidade política. E, isso é fundamental para a limitação do poder político.

As relações estamentais impedem que o direito se sobreponha ao poder político; e, conseqüentemente, acaba por submeter a Constituição a uma espécie de voluntarismo judicial. Sem a necessária limitação do poder político, a sociedade brasileira reproduz aquilo que Tereza Sales (1994) chamou de cidadania concedida, ao reforçar a cultura política do mando e da subserviência; onde as relações sociais funcionam da seguinte maneira: ou bem se manda ou bem se pede. Essa situação ocorre, principalmente, quando o poder político se sobrepõe ao direito e passa a utilizar a Constituição, somente, nos momentos de conveniência. Nessas condições, os direitos fundamentais não são estendidos para todos os casos; mas, somente, àqueles em que são concedidos, como verdadeiras dádivas pelos *donos do poder*. Desse modo, é necessário questionar a pretensão dos Juízes, ainda, possuírem o livre convencimento, após uma intensa luta pela democracia e pelos direitos fundamentais. Afinal, a sociedade brasileira não enfrentou o autoritarismo, presente nos regimes políticos, anteriores à Constituição de 1988 (BRASIL, 1998), para cair no voluntarismo judicial.

Portanto, o fortalecimento institucional do Poder Judiciário visa a assegurar e a realizar as conquistas constitucionais; e, não a uma transferência do poder arbitrário – que, antes, estava concentrado, principalmente, no Poder Executivo – para as mãos dos Juízes. Em um regime democrático, o Magistrado faz escolhas, apenas, em sua vida privada; no âmbito do Poder Judiciário, suas decisões devem lançar argumentos de integridade e coerência que emanam da própria comunidade política; subordinando-se, sempre, à supremacia constitucional. Conforme Lenio Streck (2010, p. 87),

[...] o que deve ser entendido é que a realização/concretização desses textos [...] *não depende* – e não pode depender – de uma subjetividade assujeitadora [...], como se os sentidos a serem atribuídos fossem fruto da vontade do intérprete.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em todos os momentos históricos, em que o direito esteve à disposição do poder político, para ser suspenso ou aplicado, conforme a *vontade* de uma autoridade política, o constitucionalismo teve grande dificuldade para exercer a sua supremacia. A Constituição perde sua força normativa, quando a autonomia do direito não está, completamente, assegurada; e, acaba por se transformar numa mera folha de papel. Impor limites à atuação de todos os Poderes é condição de possibilidade para que o constitucionalismo consiga institucionalizar um regime democrático. Nesse sentido, a preocupação que Lenio Streck tem demonstrado com as arbitrariedades judiciais é, antes de tudo, uma preocupação com a realização do próprio Estado Democrático de Direito.

Ciente da importância que a atuação do Poder Judiciário tem para o Constitucionalismo Contemporâneo, Streck (2011) não deseja transformar os Magistrados, em *la bouche de la loi*, presente numa antiga fórmula do período da codificação francesa, que oferecia um papel coadjuvante aos Juízes; mas, pelo contrário, sua teoria da decisão – a partir dos aportes teóricos de Martin Heidegger (2012), Hans-Georg Gadamer (2015), Ernildo Stein (2004) e Ronald Dworkin (2010) – busca o fortalecimento de anteparos jurídicos contra qualquer manifestação autoritária do Judiciário, ao impedir que o direito seja solapado por argumentos de política, *escolhidos arbitrariamente*, pelos Juízes.

Para sustentar a autonomia do direito, em relação à política, à economia e à moral, também, é necessário exigir uma maior limitação à atuação do Poder Judiciário. Por essa autonomia não ser relativa, as decisões judiciais não podem refletir fatores extrajudiciais, como os valores pessoais e ideológicos do Juiz; ou outros elementos de natureza política. O Magistrado não pode fazer a escolha do resultado, com base em suas intuições, personalidade, preferências e preconceitos. Em um Estado Democrático de Direito, permitir que as posições políticas de um Juiz possam constituir uma das variáveis mais importantes para as decisões judiciais não é nem republicano, nem democrático.

É por isso que a restrição à atividade jurisdicional deve ocorrer, principalmente, por meio da exigência de coerência e integridade, nas decisões proferidas pelos Juízes. A interpretação, realizada pelo Judiciário, não deve ocorrer, separada do pano de fundo intersubjetivo, estabelecido pela comunidade política. Seria antidemocrático, se o constitucionalismo hodierno permitisse ao Juiz decidir por escolhas; impondo, livremente,

seus argumentos políticos contra o próprio direito. Isso reforçaria o domínio estamental sobre o Judiciário, ao permitir que as preferências pessoais de um Magistrado assumissem um lugar decisivo, no momento da decisão judicial.

Após tantos esforços para que o constitucionalismo se sobrepusesse ao poder político, não faria sentido que, na atual conjuntura, o Judiciário passasse a dispor, livremente, da Constituição. Conceder aos Juízes o poder de livre atribuição sobre o direito deve ser considerado como uma postura autoritária; capaz de acarretar graves prejuízos ao regime democrático. Nesse sentido, a necessidade de respostas adequadas à Constituição, sustentada por Streck, é uma maneira de evitar que as decisões judiciais se transformem num apanhado de preferências pessoais, morais ou políticas dos Juízes; que compõem os tribunais, sem que, ao mesmo tempo, a autonomia funcional do Judiciário seja afetada, por algum outro Órgão do Estado.

### **THE “OWNERS” OF THE JUDICIARY POWER: DISCUSSING THE JUDICIAL DISCRETION WITH RAYMUNDO FAORO AND THE HERMENEUTICAL CRITIQUE OF LAW**

#### **ABSTRACT**

This paper demonstrates that there is a relation between judicial discretion and the personalistic exercise of political power, emphasizing that the voluntarism present in the magistrates' performance belongs to the type of traditional domination described by Weber, and analyzed by Raymundo Faoro in "Os Donos do Poder". This critical analysis of judicial discretion was developed under the theoretical framework of Lenio Streck's, called of "Crítica Hermenêutica do Direito". Based on this theoretical ground, the paper concludes for the need to strengthen legal frameworks against any personalistic manifestation of the Judiciary, in order to prevent the law from being undermined by arbitrarily chosen policy arguments by judges.

**Keywords:** Estate; Discretion; Jurisdiction; Hermeneutics.

#### **REFERÊNCIAS**

ARON, R. **As etapas do pensamento sociológico**. São Paulo: Martins Fontes, 1982.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

COHN, G. **Crítica e resignação: fundamentos da sociologia de Max Weber**. São Paulo: Teoria e método, 1979.

\_\_\_\_\_. **Weber: sociologia**. 7. ed. São Paulo: Ática, 2001.

COMPARATO, F. K. Redescobrimo o espírito republicano. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 32, n. 100, p. 99-117, 2005.

DUARTE, N. **A Ordem Privada e a Organização Política Nacional**. São Paulo: Brasiliense, 1996.

DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FAORO, R. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.

FREYRE, G. **Casa-grande e senzala**. São Paulo: Global, 2012.

GADAMER, H. G. **Verdade e método**. v. I e II. Rio de Janeiro: Vozes, 2015

HOLANDA, S. B. de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

HEIDEGGER, M. **Ser e tempo**. Rio de Janeiro: Vozes, 2012.

KANTAROWICS, E. H. **Os dois corpos do rei: um estudo sobre teologia política medieval**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

KRONMAN, A. **Max Weber**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

LEITE, D. M. **O caráter nacional brasileiro**. São Paulo: Ed. Unesp, 2017.

NEVES, M. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

PRADO JR., C. **Evolução política do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

RICUPERO, B.; FERREIRA, G. N. Raymundo Faoro e as interpretações do Brasil. **Perspectivas: Revista de Ciências Sociais**, Araraquara, v. 28, p. 37-55, 2005. Disponível em: <<https://periodicos.fclar.unesp.br/perspectivas/article/view/9/3>>. Acesso em: 02/05/2018.

ROMERO, S. **O Brasil social e outros estudos sociológicos**. Brasília: Senado Federal, 2001.

SALES, T. Raízes da desigualdade social na cultura política brasileira. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 25, n. 9, p. 26-37, junho 1994. Disponível em: <[http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbes\\_00\\_25/rbes25\\_02.htm](http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbes_00_25/rbes25_02.htm)>. Acesso em: 02/05/2018.

STEIN, E. **Compreensão e finitude**. Ijuí: Unijuí, 2004.

STRECK, L. L. **Verdade e Consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. Crime e sociedade estamental no Brasil. **Cadernos IHU Ideias**, São Leopoldo, ano 10, n. 178, 2012. Disponível em:

<<http://www.ihu.unisinos.br/images/stories/cadernos/ideias/178cadernosihuideias.pdf>>.  
Acesso em: 02/05/2018.

\_\_\_\_\_. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_; TOMAZ DE OLIVEIRA, R. *O que é isto – as garantias processuais penais?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

VIANNA, O. **Populações meridionais do Brasil**. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987.

WEBER, M. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. 3. ed. Brasília: Editora UnB, 1994.

WEBER, M. Os três tipos puros de dominação legítima. In: COHN, G. (Org.). **Weber**: sociologia. 7. ed. São Paulo: Ática, 2001. p. 131-134.