

UMA PONTE ENTRE ZAFFARONI, FERRAJOLI E OST - A CONSTRUÇÃO DO MODELO DE JUIZ DEMOCRÁTICO CONTEMPORÂNEO (E CONSTITUCIONAL) NA SOCIEDADE HIPERCOMPLEXA¹

A BRIDGE BETWEEN ZAFFARONI, FERRAJOLI AND OST - THE CONSTRUCTION OF CONTEMPORARY (AND CONSTITUTIONAL) JUDGE DEMOCRATIC MODEL IN HYPERCOMPLEX SOCIETY

Diógenes V. Hassan Ribeiro²

Doutor em Direito Público pela UNISINOS

RESUMO: O presente estudo apresenta pesquisa sobre a evolução da magistratura e sua classificação em conformidade, basicamente, a três teorias de autores mundialmente renomados. O jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni desenvolveu um estudo que mostra uma linha evolutivo-cronológico da magistratura tendo em consideração dois aspectos fundamentais: a forma de acesso aos cargos do judiciário e a existência de um controle por órgão externo e democrático. O jusfilósofo italiano Luigi Ferrajoli, por seu turno, não acrescentou nenhuma alteração

nessa evolução, mas apresentou estudos que indicam um modelo de juiz democrático e constitucional para a sociedade atual. Já, François Ost, jurista belga, apresentou modelos evolutivos de Magistrados que têm em conta a evolução da sociedade, do direito e da magistratura, em paralelo com as mudanças da sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Juiz; evolução; democracia; constitucional; sociedade; garantismo penal.

ABSTRACT: *This paper presents a research on the evolution of the judiciary*

¹ Artigo que teve como motivação curta palestra ministrada no Curso Inicial de Formação dos Magistrados aprovados no Concurso para a Magistratura no Estado do Rio Grande do Sul, proferida em 4 de junho de 2014. O Professor Dr. Ingo Wolfgang Sarlet também participou e deu importante contribuição para o evento.

² Mestre em Direito Público pela UNISINOS, Professor titular do PPGD - Nível Mestrado do UNILASALLE/CANOAS-RS, Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (2011), Magistrado no TJRS.

and its classification in accordance to basically three theories of world-renowned authors. The Argentine jurist Eugenio Raúl Zaffaroni developed a study that shows an evolutionary-chronological line of the judiciary taking into account two main aspects: the form of access to the positions of the judiciary and the existence of a control by external and democratic body. The Italian jurist and philosopher, Luigi Ferrajoli, in turn did not add any change in that evolution, but presented studies suggesting a model of democratic and constitutional judge for today's society. Yet, François Ost, Belgian jurist, presented evolutionary models of magistrates that take into consideration the evolution of society, law and judiciary, in parallel with changes in society.

KEYWORDS: Judge; evolution; democracy; constitutional; society; criminal garantism.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A evolução dos modelos de magistratura; 2 O constitucionalismo garantista – Um juspositivismo reforçado; 3 Os juízes Júpiter, Hércules e Hermes; 4 O modelo de magistratura democrática contemporânea e constitucional na sociedade hipercomplexa; Anotações finais; Referências.

SUMMARY: Introduction; 1 Evolution of judiciary models; 2 The garantism constitutionalist – A reinforced juspositivism; 3 Jupiter, Hercules and Hermes judges; 4 Contemporary model of democratic and constitutional judiciary in hypercomplex society; Final notes; References.

INTRODUÇÃO

Na obra *Poder Judiciário – Crise, acertos e desacertos*, publicada em 1995, pela Editora Revista dos Tribunais, Eugenio Raúl Zaffaroni, notável jurista argentino, expõe uma classificação da magistratura, ancorada em uma ideia de evolução. Em textos mais recentes, Luigi Ferrajoli enfatiza, em um deles³, *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*, publicado em 2012, o garantismo positivista, inserido na ideia de garantismo constitucionalista e contra as noções de constitucionalismo principialista e pan-principiologismo⁴, em outro, *Nove massime di deontologia giudiziaria*⁵, de fevereiro de 2013, traz nove máximas da deontologia judiciária. Para tornar mais complexo esse contexto envolvente e indagador, é necessária a inserção dos juízes Júpiter, Hércules e Hermes em conformidade às metáforas

³ FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo* – Um debate com Luigi Ferrajoli/Alexandre Moraes da Rosa ...[et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012 (Constitucionalismo garantista e constitucionalismo principialista e Constitucionalismo garantista e o estado de direito).

⁴ Expressão cunhada por Lenio Luiz Streck.

⁵ Disponível em: <<http://www.magistraturademocratica.it/mdem/upu/fsentenza/L'intervento%20di%20Luigi%20Ferrajoli.pdf>>. Acesso em: 3 jun. 2014.

criadas por François Ost no artigo que publicou em 1993, traduzido para o idioma espanhol como *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*⁶.

Esses textos servem de base à pesquisa que ora se publica em forma de artigo, mas outras leituras, evidentemente, fazem parte das ideias que serão expostas.

A motivação da pesquisa e do artigo se deveu a um evento em especial, uma curta palestra ministrada no Curso de Formação Inicial dos Magistrados aprovados no último concurso no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁷. Mas há uma motivação mais antiga, frequente, permanente, que indaga sobre os rumos do Poder Judiciário e sobre a grande diversidade cultural e de posições que orientam os Magistrados, em especial: a constante busca e necessidade de aprimoramento do Judiciário e da sua magistratura. Há muito para ser escrito a respeito. Esta é uma pequena contribuição.

1 A EVOLUÇÃO DOS MODELOS DE MAGISTRATURA

Segundo Zaffaroni, a magistratura pode ser classificada em três modelos, percebendo-se uma nítida característica evolutiva nos modelos. Esses modelos expostos por Zaffaroni iniciam pela análise da seleção para o acesso aos cargos dos Magistrados. A forma de seleção tem relevante repercussão na característica da magistratura analisada. Situa este autor que o primeiro dos modelos, o empírico-primitivo, começou a ser identificado e também a ser superado com a *necessidade de qualificar tecnicamente os juízes*, o que foi posto em relevo por Frederico II, da Prússia, quando ascendeu ao trono, em 31 de maio de 1740. Estabeleceu-se, então, uma perfeita burocracia judiciária, que era o modelo mais complexo que teria antecedido aquele modelo posto por Napoleão Bonaparte. A necessidade de propiciar melhor qualificação técnica aos juízes foi resolvida, na época, na Inglaterra, com a seleção dos juízes entre os advogados de maior prestígio, enquanto na França, logo após a Revolução Francesa, houve a inferiorização da função judiciária e da função jurídica.

Na França, a subestimação da função jurisdicional se deveu à desconfiança original que antecedeu à Revolução Francesa. A justiça, então, estava depositada nos “parlamentos”, quando era tratada como propriedade, ou seja, os cargos eram vendidos, herdados ou alugados. Com a Revolução Francesa, como reação

⁶ Disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/08/jupiter-hercules-hermes-tres-modelos-de-juez.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2014.

⁷ Este artigo é dedicado, como uma homenagem, aos novos Magistrados.

àquele “estado da Justiça”, os cargos passaram a ser exercidos por funcionários públicos estatais. Daí adviria a noção de que, na França, “inexiste autoridade superior à da legislação”, o que valia para o Rei, mas também valia para os juízes e, então, como corolário o velho dito de que os juízes eram “a boca da lei (*la bouche de la loi*)”. No ano de 1810, com “a grande lei”, Napoleão impôs a centralização da seleção com o Executivo, não havendo necessidade de qualificação técnica e tudo dependia do Governo, do Executivo.

Portanto, as mudanças iniciaram-se pela constatação da necessidade de maior qualificação técnica dos Magistrados. Entre as possibilidades de obter maior qualificação técnica estava a alteração da forma de acesso aos cargos da magistratura.

A forma de seleção possibilita uma identificação de grau entre os modelos. Caracterizando-se a seleção, no modelo tecno-burocrático, por seleção técnica, o que o distingue do modelo empírico primitivo, quanto “mais forte” for a seleção, como, por exemplo, por meio de concurso público de provas e títulos, mais distante estará este modelo do primeiro, mas quanto “mais fraca” for a seleção, como, por exemplo, por formação burocrática ou por designação interna por “mérito” do servidor, mais próxima estará do primeiro modelo.

1.1 O MODELO EMPÍRICO PRIMITIVO

Na celebrada classificação de Zaffaroni, este é o modelo mais distante no tempo, mas em vários Estados ainda persiste, inclusive, por incrível que possa parecer, nos Estados Unidos da América. Caracteriza-se, essencialmente, por uma forma de acesso político-partidária. Por um lado, então, há uma *arbitrariedade seletiva*, por outro há *carência de qualificação técnica*. Nesse modelo não é assegurada a independência da magistratura e, por decorrência, o seu atributo mor – a imparcialidade. A cultura jurídica é pobre, frágil e pertence, acentuadamente, a regimes não democráticos ou pouco democráticos, ou, ainda, a democracias sem estabilidade ou primitivas. Quando esse modelo é praticado em democracias desenvolvidas, então há freios opostos pela sociedade ao poder, ou as deficiências são superadas por instituições que controlam o poder ou o limitam.

Assim, situam-se neste modelo, conforme Zaffaroni, o Judiciário inglês, o Judiciário americano e o Judiciário dos “socialismos reais” (os países que formavam a URSS e Cuba), assim como o Judiciário da Bolívia, da Costa Rica, do Equador, de El Salvador, Honduras, México, Panamá, Nicarágua, República

Dominicana e Venezuela. Logicamente que, quanto ao inglês e ao americano, possuem fórmulas de compensação das desvantagens com o controle pela sociedade, ou pela cultura e pela tradição democrática. Na Argentina, também vige o modelo empírico-primitivo, embora em algumas províncias se aproxime do modelo tecno-burocrático, pois a seleção é partidária, constante da Constituição Nacional, e o governo do judiciário fica com a Corte ou com o Supremo Tribunal.

Relativamente ao Judiciário inglês, é certo que neutralizou, pelas suas tradições e pela cultura do povo, várias das carências primitivas.

Essencialmente há um elevado arbítrio no acesso aos cargos da magistratura, com Judiciário verticalizado e nomeações políticas, ainda que, em algumas situações, não haja a exclusividade da nomeação pelo Executivo, cabendo também ao Legislativo, ou mediante listas. Há casos, ainda, em que se acentua uma “domesticação” dos juízes, quando o provimento do cargo é por tempo reduzido: quanto mais breve, pior para independência do Magistrado.

1.2 O MODELO TECNO-BUROCRÁTICO

Estão neste modelo, *preferencialmente*, o Judiciário brasileiro e o Judiciário da Colômbia. O Judiciário da Alemanha também se situa neste modelo, embora atenuado, considerando a organização federal e a existência de um Tribunal Constitucional. O Judiciário do Japão estaria em uma fase mais aprimorada deste modelo.

No Brasil, este modelo de seleção forte para o acesso aos cargos de Magistrados vigora desde a época do Estado Novo, no Governo de Getúlio Vargas. Segundo Zaffaroni, não se insere no modelo democrático contemporâneo, uma vez que não há governo por órgão horizontal e porque o tribunal constitucional é composto por designação puramente política e não dispersa, sendo o único caso, das Cortes, de designação política, enquanto que os tribunais têm, na sua composição, um quinto dos cargos integrado por membros do Ministério Público e por advogados.

Este modelo advém da eliminação da arbitrariedade na seleção para o acesso aos cargos da magistratura, com o que fica garantido o nível técnico exigido. O juiz tecno-burocrático revela-se formalista e seu perfil continua, de certo modo, deteriorado, tal como no modelo empírico-primitivo, agora com uma tendência *carreirística*. A crítica de Zaffaroni a este modelo é severa, pois diz também que a independência, na melhor das hipóteses, é apenas externa

e o controle de constitucionalidade, se houver, terá reduzida incidência. E, conquanto a cultura jurídica seja superior, há reduzido estímulo para voos teóricos, com a conservação dos “métodos exegéticos e dos argumentos pragmáticos”. Evidentemente que se afirma, por este modelo de magistratura, o Estado de Direito, contudo com um caráter legalista, não constitucionalista. Não há, na prática, relevantes diferenças do modelo empírico-primitivo, embora mais estável, necessariamente não democrático, e que poderá ser claramente autoritário.

1.3 O MODELO DEMOCRÁTICO CONTEMPORÂNEO

A instauração deste modelo parte da seleção, forte, para o acesso aos cargos da magistratura, do modelo anterior, que poderá, inclusive, obter o incremento de um controle do processo seletivo. Em todos os demais aspectos há sensíveis melhorias: a qualidade do serviço melhora com o constante controle de constitucionalidade, havendo redução do formalismo; o juiz teria um perfil politizado, não partidário, nem burocratizado; a independência ocorre no nível externo e interno; o tribunal constitucional é designado por uma seleção dispersa, elevando o seu nível; a magistratura recebe e proporciona melhores condições para o investimento produtivo racional; caracterizando-se por uma magistratura pluralística e, então, dinâmica, são possíveis os voos teóricos exigidos; a forma constitucional aprimora e fortalece o Estado de Direito; a estrutura tem como característica geral a de democracia, desde que real, não obstaculizada por vícios instrumentais ou por normas constitucionais meramente programáticas.

A opção exercida no pós-guerra pelos países do sistema continental europeu, com exceção da Inglaterra, seguindo a França, pela instituição de conselhos, foi a que possibilitou uma tendência de superação do modelo tecno-burocrático. Com efeito, na França, na Itália, na Espanha, em Portugal, na Alemanha e no Japão, há uma clara tendência de superação do modelo tecno-burocrático de magistratura com o possível ingresso em um modelo democrático contemporâneo.

No Brasil, com a Emenda nº 45, de 30 de dezembro de 2004, foi criado o Conselho Nacional de Justiça, de composição dispersa, integrado por quinze conselheiros, sendo 8 Magistrados de carreira, presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, além de dois membros do Ministério Público, dois advogados e dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados pelo Senado da República e pela Câmara dos Deputados. Este Conselho tem a finalidade de contribuir para que a prestação jurisdicional seja

realizada com moralidade, eficiência e efetividade, em benefício da cidadania. É um órgão do Poder Judiciário com sede em Brasília/DF e atuação em todo o território nacional, que visa, por meio de ações de planejamento, à coordenação, ao controle administrativo e ao aperfeiçoamento no serviço público da prestação da Justiça. É um órgão direcionado precipuamente ao controle e à transparência administrativa e processual.

Analisada, portanto, a obra de Zaffaroni, com a vigência desta emenda constitucional, desde 2004 o Judiciário brasileiro também envereda para ingressar no modelo democrático contemporâneo, considerando que já ostenta uma seleção forte, acesso aos cargos por meio de concurso público de provas e títulos que, embora não caracterize uma condição para o ingresso nesse novo modelo, há de significar uma característica que torna mais fácil esse aprimoramento. Contudo, o Judiciário brasileiro tem muito caminho pela frente para, efetivamente, ingressar no modelo democrático contemporâneo, superando os vícios da burocracia profissional. É certo que um dos momentos necessários de superação dar-se-á com o aprimoramento do acesso aos tribunais e das promoções. Zaffaroni, aliás, é contrário à carreirização da magistratura, dizendo que o acesso a cargos superiores somente deve ser possível mediante novo concurso de provas e títulos, quando o Magistrado se mostrar capaz de ascender a cargos superiores.

Sinala, contudo, Zaffaroni que tudo o que foi dito sobre os judiciários desses Estados, tal não significa que já caracterizem um modelo democrático contemporâneo, estando uns mais próximos ainda do modelo tecno-burocrático, como é o caso do Brasil, enquanto outros estão em níveis bem mais avançados, como é o caso da Alemanha.

2 O CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA - UM JUSPOSITIVISMO REFORÇADO

Luigi Ferrajoli, em textos mais recentes, apresentou desenvolvimentos importantes da sua *teoria garantista*. A proposta do presente artigo é esboçar uma vinculação entre as ideias do jurista argentino, Eugenio Raúl Zaffaroni, e de jusfilósofo italiano. Por evidente que se limita essa proposta a tentar vincular o modelo democrático contemporâneo de magistratura às concepções atuais de Ferrajoli.

A proposta guarda elevada dificuldade, considerando a sua originalidade, daí a possibilidade de receber críticas acerbas. Todavia, o propósito otimista e

construtivo que move a tentativa é alvissareiro, razão pela qual são aguardadas as críticas.

Convém observar, desde logo, que, diversamente de Zaffaroni, não se conhece obra ou texto de Ferrajoli que trata de classificar a magistratura em modelos, ou que sinalize alguma característica atual da magistratura. Todavia, Ferrajoli publicou recentemente um artigo em que apresenta “nove máximas deontológicas da magistratura”, no qual possibilita uma análise da sua compreensão da judicatura.

É evidente que quando Zaffaroni trata de modelos de magistratura somente de forma indireta cogita dos juízes integrantes. Trata, então, do perfil dos juízes que caracterizam os diversos modelos. Ferrajoli, a seu turno, trata da aplicação da teoria do garantismo, uma teoria de aplicação da constituição e dos direitos fundamentais, originalmente apresentada com vistas ao direito penal, mas que também tem repercussão como um *modelo normativo de direito*, como *uma teoria jurídica ou de direito* e como *uma filosofia política*.

Como *modelo normativo de direito*, enuncia o Estado de Direito como o poder submetido à lei formal e substancial; na relação de democracia com o Estado de Direito, não apenas “quem” ou “como”, mas “o que” deve decidir ou “o que” não deve decidir, nisso com pertinência aos direitos fundamentais; na relação do Estado de Direito Liberal com o Estado de Direito Social, ficam claros os deveres públicos negativos mais os deveres públicos de fazer; e nos âmbitos da democracia formal e substancial, enfatiza-se que, apesar, ou além, da vontade da maioria, os direitos fundamentais de todos devem ser tutelados.

Como *teoria jurídica ou de direito*, enuncia o positivismo jurídico como certeza do direito vigente; separa o direito da moral e da política; caracterizando a legalidade substancial como fonte da vigência e validade das leis; a seu turno, na sua relação, o direito válido não coincide com o direito vigente, nem, tampouco, com o direito efetivo, pois o garantismo não é uma visão unidimensional, daí a possibilidade de crítica ao direito vigente; por igual, na crítica ao positivismo jurídico, o julgador, por evidente, não é obrigado a aplicar o direito vigente, apenas o direito válido, afinal o juízo sobre a validade é um juízo de valor.

Por fim, como *teoria política*, na dicotomia entre as concepções de Estado-fim, como aquele ente que subordina a sociedade e o indivíduo, sendo suprassocial e supraindividual, e o Estado-instrumento, em que o Estado se legitima tão só para tutelar os direitos fundamentais, o garantismo se insere neste último modelo, pois o garantismo é a justificação externa do Estado, equivalente

a garantia dos direitos fundamentais, em conformidade a uma visão pessimista do poder, impondo limites e garantias, já que não há um “poder bom”.

O rigor positivista que se percebe da obra de Ferrajoli, desde *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, publicada em 1990, é facilmente constatado pelo elenco de dez axiomas relativamente ao direito penal. Os três primeiros dizem respeito ao direito de punir do Estado, o direito de impor pena: (i) sem crime, não há pena; (ii) sem lei anterior que o defina, não há crime e, (iii) sem necessidade, não há crime. Os outros três tratam do direito de o Estado dizer o que é crime, de o direito do Estado de proibir: (iv) sem dano (ofensa), não há necessidade; (v) sem materialidade (exteriorização), não há dano e, (vi) sem culpa, não há materialidade (exteriorização). Os últimos quatro tratam do processo, do direito/poder de julgar: (vii) sem jurisdição legítima, não há culpa; (viii) sem acusação, não há jurisdição; (ix) sem prova contra a inocência, não há acusação e, (x) sem defesa, não há presunção de inocência.

Atualmente, porém, Ferrajoli volta-se contra as inovações que contêm um possível retrocesso da teoria jurídica, apresentadas em forma de *constitucionalismo jusnaturalista*, *pós-positivismo* e *neoconstitucionalismo*, assim como o *pan-principiologismo*, este praticado no Brasil. Nesses textos, ao *constitucionalismo jusnaturalista*, Ferrajoli contrapõe o *constitucionalismo juspositivista*, que defende. O jusfilósofo italiano esclarece, contudo, que os defensores da primeira corrente, *antijuspositivista*, não aceitam ser jusnaturalistas, pois são apenas não positivistas ou, então, pós-positivistas. Mas o que coloca estes muito próximos daqueles é, exatamente, o entendimento de que grande parte das normas constitucionais, sobretudo dos direitos fundamentais, seriam princípios ético-políticos, tendo como base “uma distinção forte, qualitativa e estrutural, entre princípios e regras”. E os princípios seriam objeto de *ponderação*, enquanto que as regras de *subsunção*.

Contudo, essa distinção dos princípios das regras certamente também é utilizada pelos juspositivistas.

A divergência relevante de Ferrajoli inicia pela identificação do que denomina *constitucionalismo argumentativo ou principialista*, que classifica os direitos fundamentais como valores ou princípios morais estruturalmente diversos das regras, uma vez que os princípios carregam uma normatividade mais fraca, em que não pode haver subsunção, mas ponderação legislativa e judicial. Em contraposição, defende o *constitucionalismo normativo ou garantista*, que se estabelece na ideia básica de normatividade forte, regulativa, ou seja,

tem como tese central que a grande parte, com exceção de alguns apenas, dos princípios constitucionais, caracterizadamente os direitos fundamentais, configuram regras e, por decorrência, exigem a existência e a edição de regras que se dividem em proibições de lesão ou obrigações prestacionais, como garantias.

Segundo Ferrajoli, o constitucionalismo principialista ou não positivista se situa claramente na corrente, embora negada, que aprimorou o jusnaturalismo. Nesses termos, o constitucionalismo revela a necessidade de superar, talvez até negar, o positivismo jurídico, considerando que este não seria, atualmente, idôneo para possibilitar a compreensão e dar a solução para as democracias constitucionais do presente. Nesses termos, desapareceu a separação entre *direito e moral*, caracterizadas nas expressões *validade e justiça*. Isso porque as Constituições estão impregnadas de princípios de justiça ético-políticos como igualdade, dignidade da pessoa humana, além dos direitos fundamentais. A moral, então, que era externa ao direito, agora o integra. Estariam, conforme Ferrajoli, nessa corrente os expoentes do direito Ronald Dworkin, Robert Alexy, Carlos Nino, Gustavo Zagrebelsky, Manuel Atienza e, ainda, Michel Troper, este que, mesmo sendo juspositivista rígido, enuncia que o constitucionalismo é incompatível com o positivismo jurídico.

Daí, a maior parte das normas constitucionais, especialmente os direitos fundamentais, não seriam regras, por isso não se submetem ao critério da subsunção, mas são submetidos à ponderação e ao balanceamento, já que estariam em permanente e virtual conflito. São três, portanto, as características dessa corrente de pensamento com origem e matriz anglo-saxônica: (i) contraria o positivismo jurídico e a ideia de separação do direito da moral; (ii) considerando que as normas constitucionais seriam princípios, não regras, desfruta de centralidade a argumentação e, (iii) o direito é concebido como uma prática jurídica, confiada, então, à atividade dos juízes, nesse ponto, tendo destaque o realismo jurídico, podendo ser visto também como neopandectismo, no seu confronto com a normatividade do direito. Em suma, o direito seria o que, de rigor, dizem os tribunais, ou, de maneira ampla, o que os atores jurídicos dizem que é o direito, conforme suas práticas interpretativas e argumentativas.

Para essa noção, o direito, então, seria apenas *fato*, ignorando a sua normatividade. O plano da eficácia/aplicação do direito é confundindo, assim, com o plano da validade.

A contraposição de Ferrajoli se dá pelo *juspositivismo reforçado*, como *constitucionalismo garantista*, propondo uma relação entre o positivismo jurídico

e a democracia, dizendo mesmo que se trata da mudança de paradigma do velho modelo juspositivista. Nesse sentido, positiva não somente o ser, mas também o dever-ser *do direito*, por isso o constitucionalismo superou a última forma de governo dos homens, em conformidade à tradicional democracia representativa, que se mostrava na *onipotência da maioria*. A legalidade, portanto, não é somente a condição da validade das normas infralegais, mas, sobretudo, tem também condicionada a sua validade, que se configura no respeito e na atuação das normas constitucionais.

Sobreleva notar que há uma substancial relação entre democracia e positivismo jurídico que se acentua e se aprofunda com a democracia constitucional. Nesses termos, a produção positiva do direito decorrente dessa disciplina rígida seria a condição de possibilidade da democratização da forma e do conteúdo do direito.

Aqui, o conteúdo do constitucionalismo garantista como *modelo de direito*, antes tratado, se converte em positividade inclusive dos princípios, que orientam e subjazem a totalidade da produção normativa, impondo o controle de constitucionalidade e a anulação das leis inválidas, mormente quando se tratem de violações aos direitos de igualdade e de liberdade, mas, com relação aos direitos sociais, as lacunas exigem a intervenção legislativa.

Como *teoria do direito*, insere a divergência entre o *dever ser* (constitucional) e o *ser* (legislação) do direito, sendo relevante o direito constitucionalmente ilegítimo que se encontra nas antinomias consequentes à produção de direito inválido, pois em contraste com a Constituição, mas havendo, também, as lacunas caracterizadas nas omissões, especialmente nas garantias dos direitos sociais.

E, como *filosofia do direito, ou teoria política*, enuncia uma teoria da democracia substancial, para além da formal, que se ancora sobre quatro dimensões que correspondem às garantias de diversas classes de direitos: (i) os direitos políticos; (ii) os direitos civis; (iii) os direitos de liberdade e (iv) os direitos sociais. Essas classes de direitos então não são apenas valores objetivos, mas principalmente conquistas históricas, resultado das lutas e das revoluções de muitas gerações.

Em suma, nenhum dos significados expostos por Ferrajoli possibilita alguma conexão do direito com a moral, mas a sua distinção e separação é reforçada. Essa ênfase na separação equivale a um limite ao poder dos juízes e ao seu arbítrio moral e ao poder dos legisladores no intento de invadir a

vida moral das pessoas. Separa, portanto, o direito válido do direito, que seria eventualmente pelos juízes e pelos legisladores, considerado arbitrariamente justo.

2.1 MÁXIMAS DA DEONTOLOGIA DA MAGISTRATURA DEMOCRÁTICA SEGUNDO FERRAJOLI

O jusfilósofo que já elaborou axiomas do garantismo trouxe, no XIX Congresso da Magistratura Democrática de Roma, ocorrido entre 31 de janeiro e 3 de fevereiro de 2013, a público, então, nove máximas de deontologia do Judiciário. O contexto desta pesquisa e do artigo favorece para que sejam tratadas também aqui e serão expostas na forma linear e numérica tal como exposto no texto original.

Primeira máxima – a consciência do caráter “terrível” e “odioso” do Poder Judiciário. Esta seria possivelmente a mais desagradável. Montesquieu já teria mencionado que o Poder Judiciário é um poder terrível, e Condorcet esclareceu que não é um poder bom ou justo, mas um poder odioso, neste último sentido porque, diversamente do Poder Legislativo, Executivo ou político, é um poder do homem sobre o homem, e que é capaz de estragar o resto da vida da pessoa sobre a qual se exerce. Então, é terrível e odioso, sobretudo o penal, que apenas as garantias podem limitá-lo, mas não anulá-lo, mas é tanto mais legítimo quando mais limitado pelas garantias.

Segunda máxima – a consciência do caráter relativo e incerto da verdade processual e, portanto, de uma margem irreduzível da ilegitimidade do exercício da jurisdição. A verdade processual é obtida pela aplicação da lei e sempre será uma verdade aproximada, opinativa de direito e probabilística de fato. Essa ilegitimidade do judiciário é reduzida pelo respeito rigoroso às garantias, pela sujeição do juiz às leis, mas não é eliminada. Sobretudo em matéria penal, há uma regra que proporciona a averiguação da verdade jurídica que consiste na proibição estrita, em homenagem ao princípio da estrita legalidade e taxatividade, da analogia *in malam parten*.

Terceira máxima – o valor da dúvida e a consciência da permanente possibilidade de erro de fato e de direito. A verdade processual do fato é sempre uma verdade probabilística, por isso é sempre possível o erro. Somente há verdade absoluta na matemática e na tautologia da lógica. Em matéria empírica, nas ciências naturais e nas ciências humanas, a verdade absoluta é inatingível. Nesses termos, o valor da dúvida, a rejeição de qualquer arrogância cognitiva, a prudência dos

juílgamentos, que se extrai do nome *juris prudência*, como estilo moral e intelectual da prática judiciária, com a consciência de que o erro é sempre possível. Assim, nem mesmo o membro do Ministério Público poderia escrever algo intitulado “eu sei” a propósito de um processo em curso e ainda sendo instruído.

Quarta máxima – a disponibilidade de ouvir e escutar as razões opostas e a indiferente busca sobre a verdade. Significa a disponibilidade do juiz, mas também do membro do Ministério Público, de ouvir todas as diferentes razões opostas, inclusive a exposição à refutação e à falsificação⁸, jurídica ou de fato, da hipótese acusatória. Essa disponibilidade expressa uma atitude de honestidade intelectual e de responsabilidade moral, que se baseiam na consciência epistemológica da natureza não mais que probabilística da verdade de fato. O contraditório preside o julgamento ao qual deve se expor e suportar a acusação pública, pois dessa penosa consequência residem valores éticos e epistemológicos. Dependem dessa disponibilidade de escutar todas as razões opostas a justiça e a imparcialidade do julgamento, assim como da instrução do processo e demais investigações preliminares.

Quinta máxima – a compreensão e a valorização equitativa da singularidade de cada processo. É uma dimensão cognitiva do julgamento, que resguarda a compreensão e a valorização das circunstâncias singulares e irrepetíveis que se revelam em cada processo, em cada evento submetido a julgamento naquele processo, profundamente diverso de qualquer outro. Por isso, nem o juiz nem o Ministério Público podem subtrair-se dessa compreensão equitativa da sua especificidade e irrepetibilidade, daí a necessidade de ter uma atitude de indulgência, sobretudo em relação à parte mais débil. E essa indulgência não pode deixar de intervir, inclusive, na aplicação da pena, pois a pena não consistir em tratamento contrário ao senso de humanidade, somente cabendo pena quando é inevitável e no mínimo previsto na legislação.

Sexta máxima – respeito pelas partes do processo. O direito penal no modelo garantista equivale à lei do mais débil e, no momento do processo em que se desenvolve a acusação estatal, o sujeito mais débil é, sempre, o acusado. Certamente que, no momento do delito, a parte mais débil é a vítima, o

⁸ Aqui, Ferrajoli recorda, precisamente, do chamado princípio da falseabilidade, criado por Karl Popper, em 1930, na obra *A lógica da pesquisa científica*, tratando do princípio da indução, de Hume. Popper inverte a conclusão de que “um enunciado, para ser tido como científico devia poder provar ser verdadeiro” para, mediante o princípio da falseabilidade, dizer que “um enunciado científico deve poder ser falso”. Esse entendimento veio demonstrado com a teoria da relatividade e com a teoria quântica.

ofendido, mas, no momento do processo, o débil é o acusado, mesmo que seja um mafioso, um terrorista ou um político corrupto. Nesse sentido, no direito penal, o respeito pelo acusado estabelece a assimetria que sempre deve subsistir entre a civilidade do direito e incivilidade do delito, que reforça a primeira e demonstra a ilegitimidade e o isolamento da segunda.

Sétima máxima – capacidade de inspirar a confiança das partes e também do acusado. O Magistrado não deve se aproximar do consenso da opinião pública. O juiz deve ser capaz de absolver quando todos querem a condenação e de condenar quando todos querem a absolvição. O juiz deve inspirar a confiança na sua imparcialidade, na sua honestidade intelectual, no seu rigor moral, na sua competência técnica e na sua capacidade de julgamento. E não se deve esquecer de que todos aqueles que sofrem um julgamento também serão os juízes severos dos seus juízes e nunca os esquecerão, pois irão examinar a sua imparcialidade ou a sua partidarização, o seu equilíbrio ou a sua arrogância, a sua sensibilidade ou a sua obtusa burocracia. Sobretudo recordarão se foram violados ou garantidos os seus direitos. E somente no segundo caso defenderão a jurisdição e a independência como sua garantia.

Oitava máxima – o valor da discrição do Magistrado no resguardo dos processos que julgam. Essa é uma regra de sobriedade e de discrição na sociedade do espetáculo contemporânea, por isso os Magistrados devem evitar qualquer forma de protagonismo judiciário e de exibicionismo. Existe sempre uma tentação, considerando que são titulares de “um poder terrível”, relativamente à notoriedade, ao aplauso e à autocelebração como um poder bom. A figura do juiz *star* ou do juiz estrela é a negação do modelo garantista da jurisdição. É inadmissível que os Magistrados discurssem em público sobre os processos que estão conduzindo. A exposição pública de uma argumentação acusatória, de parte do Ministério Público, é também desoladora, e seria ainda mais se proviesse do Magistrado, mesmo que ele apenas tecesse algumas considerações menos expressivas e tendenciais relativamente ao processo. Se o populismo político, puramente demagógico, reforça o consenso e é fonte da legitimidade dos poderes políticos, bem mais grave é o populismo judiciário, que é mesmo intolerável e é um trampolim para a carreira política.

Nona máxima – a inadmissão de uma possível suspeita de uso político da jurisdição. É óbvio que não se admite o uso político da jurisdição penal, mas, para além disso, não se admite nem a mínima suspeita de eventual uso político da jurisdição. Ligada à máxima anterior, não é possível compreender a magistratura como instrumento para o alcance de cargos eleitorais pelos Magistrados, ou para

eventuais cargos públicos outros diversos. A confiança na jurisdição perderia imensamente se servisse de instrumento a quaisquer outras finalidades diversas, por isso não se pode permitir nem a suspeita dessa utilização.

Essas, portanto, as máximas elaboradas por Luigi Ferrajoli a propósito da identificação de uma magistratura democrática. Indiscutivelmente são máximas porque nos é difícil, verdadeiramente, rebatê-las, considerando o seu conteúdo substancial que observam o quadro histórico do Estado Constitucional e Democrático de Direito atual na sua vinculação com a prestação jurisdicional. Efetivamente, essas máximas contêm imensa sabedoria e poder de síntese sobre as condições da magistratura que se pretende democrática e constitucional.

3 OS JUÍZES JÚPITER, HÉRCULES E HERMES

François Ost tem desenvolvido obras que podem ser definidas como leituras extremamente prazerosas, embora inusitadas, pois suas obras são surpreendentes, portanto criativas, pondo olhares sobre pontos antes nunca vistos. O artigo publicado originalmente em 1993 é assim. Desenvolve, tal como Zaffaroni desenvolveu em 1995, mas sob outra ótica, um modelo de magistratura, de cunho evolutivo.

A descrição de Ost parte da ideia posta originalmente por Ronald Dworkin, do juiz Hércules, que então desenvolve com outras figuras metafóricas: Júpiter e Hermes.

O primeiro desses modelos, a origem, considerando que haveria uma evolução cronológica, é o juiz jupiteriano. Caracteriza-se pelo fato de ser portador e revelador da hierarquia da legislação desde a figura piramidal *kelseniana*. Desde a ideia de jusnaturalismo, em que existe um direito vigente desde sempre e, considerando seus primórdios, prévios ao jusnaturalismo racionalismo, vem de cima, inclusive é posto por *tábuas da lei*, do Monte Sinai, depois pelos códigos, expressado no Código Napoleônico, na fase da codificação do direito, chegando às constituições modernas. Desses elementos constitutivos do direito decorre a irradiação da justiça de que é portador o juiz Júpiter.

Este modelo continua, ainda hoje, sendo ensinado nos cursos jurídicos e na vasta doutrina, assim nos compêndios que preservam a jurisprudência, consistentes nas decisões dos tribunais. É, afinal, a observância da Constituição e, especialmente, da pirâmide do sistema jurídico, nos princípios da unidade da Constituição e da sua supremacia, mormente na hierarquia do ordenamento jurídico. Nesses termos, o direito está reduzido a um único autor e supremo e,

ainda, a uma obra única, ou perfeitamente sistematizada. Assim, percebe-se o sucesso das codificações, nessa fase evolutiva, em que há uma racionalização formal do sistema jurídico, mas que promove uma simplificação do material jurídico, repercutindo em uma nivelção do próprio sistema social. Contudo, a ser tomado como verdade que se ingressou na era da complexidade, esse modelo piramidal e baseado na codificação por certo entrou em crise. O juiz Júpiter é um servo da lei.

O segundo dos modelos de juiz parte da ideia de Ronald Dworkin: o juiz Hércules. A mitologia grega descreve Hércules como um semideus, filho de Zeus, amaldiçoado por Hera, esposa de Zeus. Todavia, o semideus vive em estado de culpa e de expiação da culpa por ter cometido infanticídio instigado por Hera. Esse estado de culpa faz com que tente obter o perdão. Já o juiz Hércules é, por conseguinte, um juiz assistencial, que sobrevive depois da crise do Estado Liberal, antecedida pela dureza do liberalismo econômico que teve como consequência e desenvolveu um juridicismo meramente formal, diante da miopia/cegueira legalista da exegese do século XIX.

O juiz Hércules tem tarefas verdadeiramente hercúleas: cumprir-lhe atender as economias familiares em crise, promover a recuperação das empresas em dificuldades evitando a sua quebra, julgar investigações de paternidade, mesmo que haja oposição da mãe, apreciar eventual pedido de aborto, dar a solução a conflitos trabalhistas e deliberar sobre a greve de serviços privados e públicos relevantes. Mas Hércules está sempre em ação, inclusive aplica normas em que o modelo de juiz anterior, o Júpiter, decidia à sombra dos códigos. O juiz Hércules seria uma espécie de engenheiro social.

Com o juiz Hércules, entra a noção de que o direito não é um dever-ser, um conjunto de regras, mas um fenômeno fático complexo formado pelo entendimento das autoridades judiciais. Aqui se forma a Escola do Realismo Jurídico norte-americano, com a inversão da pirâmide, pois o direito é realizado por meio da sua aplicação a situações concretas. O direito se reduz ao fato, à indiscutível materialidade da decisão. A generalidade e a abstração da lei dão lugar à singularidade e ao juízo concreto.

Todavia, há possibilidade, segundo Ost, de Júpiter se humanizar, quando desce do Olimpo e vem dialogar com o povo e, por igual, de Hércules alhear-se, mesmo que parcialmente, da sua condição humana. Nesse sentido, a figura de Ronald Dworkin “tomaria os direitos – fundamentais – a sério” e, ainda, especialmente nos “casos difíceis”, encontraria “a resposta correta”. Cumpre, ao

juiz Hércules, revelar a unidade do direito, a sua integridade, fortalecendo cada um dos seus julgamentos, por meio da coerência narrativa que melhor se adapte ao passado e ao presente do direito, que devem, portanto, ser ligados por essa integridade. Aqui estar-se-ia muito distante do decisionismo e do pragmatismo.

O terceiro modelo/tipo ideal⁹ evolutivo de Ost, o juiz Hermes, simboliza o juiz contemporâneo. Surge na forma atual de sociedade - em rede. A rede é também vista como rizoma (raiz que se multiplica e que não segue uma ordem, mas que pode também ser aérea ou transformar-se em bulbos), ou como heterarquia, que significa uma sociedade descentralizada.

Embora essa peculiaridade, a rede jurídica é possível distinguir, bastando examinar os seus nós, os fluxos das informações e as interações das suas funções. Nesses termos, o sentido produzido pela rede não chega a ser imprevisível. As relações de força não são totalmente aleatórias e sempre há textos a interpretar. O direito, assim, é uma obra inacabada, porque os sujeitos de direito ao tempo em que têm direitos também o fazem, constantemente.

François Ost assevera que há intensa complexidade na atualidade, pois somos os herdeiros do direito liberal, que gerou o Estado de Direito e do direito social, fruto do Estado Assistencial. Estas duas formas entraram em crise, mas persistem existindo. No âmago desse conjunto de direitos e de Estados surge o direito pós-moderno. Nesse ponto, Ost enuncia a existência de uma multiplicidade de atores jurídicos, não sendo caracterizados apenas por advogados e juízes, mas também o pedagogo, o industrial, o banqueiro, além do terapeuta, das associações e das sociedades comerciais. Nesses termos aparece o papel essencial de “usuários” do direito, que circula ao redor dessas categorias. Existe, também, a demonstrar a complexidade atual, a imbricação sistemática das funções, em que os agrupamentos, por exemplo, as associações e sindicatos, passam a dividir as responsabilidades do Poder Público; também o Judiciário empresta à administração seu estilo e seus procedimentos, com a difusão de um certo modo de função jurisdicional no âmbito dos outros poderes, inclusive privados, cabendo lembrar das comissões parlamentares de inquérito. As ordens jurídicas supranacionais produzem reflexos no âmbito dos Estados que têm de realizar negociações regionais e locais. Ost cita, precisamente, o direito da Comunidade Europeia que já contém vinte mil diretivas e regulamentos,

⁹ Aqui, cumpre recordar dos tipos ideais criados por Max Weber, modelos que ajudam a compreender a realidade social.

podendo vir a ocorrer uma burocratização excessiva resultante desse processo de racionalização e de normatização.

Em consequência, surgem outros tipos de regras e ordens. Se o Estado Liberal se satisfazia com o que era proibido, o que era permitido e o que era obrigatório, conforme as regras, para o direito privado – tudo que não é proibido está permitido –, para o direito público – tudo que não está expressamente permitido está proibido –, o Estado atual revela uma gama enorme de intervenções sobre as coisas e sobre as condutas. Para a ação social estão possibilitados os planos, recomendações, pressupostos, declarações governamentais, pactos políticos, circulares administrativas, resoluções, portarias, enfim todas muito flexíveis. No direito penal há a transação e demais normas despenalizadoras, e no direito privado há a desjudicialização, há as perícias, as mediações, as arbitragens e as conciliações.

Todas configuram um quadro extenso de estratégias simbólicas e instrumentais de ação social. Nesse caso, trata-se de um “direito líquido”, direito brando, ou direito flexível. Assim, François Ost perquire sobre a razão pela qual os alquimistas deram o nome de mercúrio a este metal com características muito particulares, pois Mercúrio é o equivalente latino ao grego Hermes. A conclusão, portanto, de Ost de que, antes de ser regra e instituição, o Direito é *logos* (palavra, lei, razão), discurso, significado em suspenso. Sua articulação se dá entre as coisas, entre a regra, que nunca é inteiramente normativa, e entre o fato, que nunca é inteiramente fático. Também se dá essa articulação entre a ordem e a desordem, entre a força e a justiça, entre a letra e o espírito.

Então, não é difícil chegar à ideia de que o homem, que tem direitos – nos direitos do homem e do cidadão – também tem responsabilidades, inclusive responsabilidades coletivas. O risco revelado pelo desastre de Chernobyl, a epidemia da AIDS e outros eventos que desbordarão as fronteiras dos Estados mostram os perigos dos tempos atuais. Agora, inclusive o desastre de Fukushima e o terrorismo contra as Torres Gêmeas. Liberdades com responsabilidades, direitos com deveres. Pois o juiz Hermes se desloca nesses limites, com novos desafios: a engenharia genética, as manipulações biológicas a serviço da eugenia, a determinação do sexo dos filhos e outras evoluções.

Nesse momento, reaviva-se a velha noção de prudência que dá o nome a um certo direito – jurisprudência. O juiz Hermes, então, dirá: “Na dúvida, abstenha-se”. Contudo, um dia, ou outro, ou mais tarde, Hermes será estrangido a decidir. Assim, o direito de Hermes é um direito líquido, mercurial.

4 O MODELO DE MAGISTRATURA DEMOCRÁTICA CONTEMPORÂNEA E CONSTITUCIONAL NA SOCIEDADE HIPERCOMPLEXA

Esses autores estudados podem demonstrar quais caminhos seguir, como prosseguir adiante, como evoluir, como sair de um certo primitivismo imposto por conservadores que não enxergam que o futuro já chegou, que o futuro está à porta.

Os estudos de Zaffaroni revelam os três modelos de magistratura por uma determinada ótica. Ferrajoli propõe o juiz democrático, sem destoar de Zaffaroni, mas certamente por outros caminhos. Ost apresenta a complexidade da sociedade contemporânea e, portanto, as dificuldades e os desafios que já estão à porta.

Zaffaroni apresentou estudos e pesquisas, com a obra *Poder Judiciário*, no longínquo ano de 1995, tratando, como visto, de modelos de magistratura. Expôs um modelo de magistratura primitiva, fundada em uma baixa densidade cultural no nível técnico e na conseqüente ausência de independência interna e externa, decorrente do acesso aos cargos de Magistrados por meio de indicações político-partidárias ou por meio de carreirismo no serviço público burocratizado.

Ferrajoli, com a obra *Diritto i Raggioni*, publicada em 1990, apresentou sua teoria garantista, uma teoria que desborda do direito penal e que funciona como *modelo normativo de direito*, como *teoria jurídica ou de direito* e como *filosofia política*. No ano de 2013, em palestra na Itália, publicou suas ideias sobre a *magistratura democrática*. É certo que Ferrajoli, ainda que sua obra tenha relevância em outras áreas do direito, se volta mais para o direito penal.

O elemento comum em ambas as obras é o da necessidade de superação de modelos primitivos e atrasados, com a existência de uma magistratura que se pretende componente do sistema de repressão e de segurança do Estado, passando para uma magistratura democrática, totalmente desvinculada desse modelo primitivo. Convém esclarecer a absoluta necessidade de sistemas de repressão e de segurança do Estado, considerando a criminalidade e a violência. Todavia, a magistratura democrática não faz parte desses sistemas de repressão e de segurança.

Resulta daí que a construção do juiz democrático contemporâneo (e constitucional) inicia com essa compreensão indispensável – o juiz não faz parte dos sistemas de segurança e de repressão do Estado.

Essa construção prossegue e parte para o segundo aspecto fundamental, que é o de que o Magistrado deve fundamentar as suas decisões, mormente na área do direito penal, na estrita legalidade. Todavia, cumpre compreender, lembrando do dito pelo Ministro Eros Roberto Grau, já consagrado, que o direito não se interpreta aos pedaços, em tiras, mas interpreta-se a Constituição, o direito como um todo, jamais de textos isolados¹⁰. Por isso, a existência, por exemplo, da teoria conhecida como atipicidade, ou tipicidade, conglobante, em que, se o sistema jurídico possui uma norma qualquer, mesmo do direito privado, que permite determinada conduta, não é somente porque há tipo penal que, eventualmente, imponha pena, que se há de promover condenação. O direito, portanto, não se interpreta aos pedaços, cabendo ver o direito, penal, no caso, com olhos na Constituição, assim como na jurisprudência, impondo-se ver o direito como um plexo de normas que orientam o intérprete. E, ademais, a lei penal, restritiva de direitos da liberdade que é, sempre deve ser interpretada restritivamente. Aliás, inválida, desde sempre, a *analogia in malam partem*. A lei, com efeito, é o resultado de uma longa evolução histórica e cultural da humanidade com relação à qual ninguém pode se entender mais sábio. É o resultado de um processo democrático, ainda que em democracia representativa, ainda que esteja em crise a democracia representativa. A democracia, aliás, lugar comum dizer que está – ou deve estar – sempre em crise. Portanto, o juiz democrático não se afasta da lei, cumpre a lei, porque seria ilógico pretender um juiz democrático que seja autoritário, anarquista, ou que entenda que sabe mais do que a lei.

Compreender, contudo, que o legislador, como ser humano que é, também é imperfeito – aliás todas as instituições humanas naturalmente são imperfeitas. Nesses termos, cumpre ao juiz interpretar a lei esforçando-se para completar a sua normatividade na sua aplicação ao caso concreto¹¹. E é necessário um esforço mental e psicológico, além de dedicação. Nisso não há nem criatividade, nem decisionismo, nem ativismo, mas trabalho, apenas trabalho, dedicação, reflexão. Daí Ferrajoli falar em honestidade intelectual como uma epistemologia ética do Magistrado.

Para além de aplicar a legislação e não se afastar dela, completar a sua normatização na aplicação concreta, o juiz democrático deve ter os olhos sempre

¹⁰ Voto proferido na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 1923.

¹¹ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 25.

debruçados sobre a Constituição que congrega um sistema de garantias e de direitos fundamentais em prol da cidadania e da democracia. A lei penal, por exemplo, somente pode ser aplicada, por mais hediondo que seja o fato da acusação se houver atendimento ao sistema de garantias e de direitos fundamentais constante da Constituição. Para o juiz democrático não há dificuldades maiores em impor esse cumprimento, uma vez que tem em vista o cidadão.

A consciência de que, em matéria penal, o direito penal não é o meio para eliminar ou promover a eliminação da violência na sociedade. O direito penal é apenas uma forma de reprimir a maldade, mas essa repressão não pode conter em si maldade. Recordar que a violência carrega em si a ilegitimidade, enquanto que o direito penal carrega em si legitimidade, sendo exatamente isso que isola a ausência de civilidade da violência do delito da presença de civilidade do direito penal.

O juiz democrático, enfim, cumpre as máximas propostas por Ferrajoli e, ainda, tem consciência da brutalidade da pena que impõe, por isso a pena deve observar a sua necessidade, a sua utilidade, mas sobretudo deve ser a pena mínima, a menor possível admitida na legislação. Somente a lei pode legitimar a imposição da pena, que deve ser interpretada restritivamente.

ANOTAÇÕES FINAIS

O propósito do artigo levado à publicação foi o de construir uma relação entre as ideias postas por três autores de renome mundial, que publicaram textos relacionados à magistratura. Construir conexões com o objetivo primordial de produzir a reflexão sobre a evolução da magistratura, que deve sair de um modelo primitivo, que talvez deva ingressar, como passagem eventualmente obrigatória, por um modelo tecno-burocrático, tendo como ponto de chegada a magistratura democrática do momento contemporâneo. Nesse modelo último se inserem as perspectivas de uma magistratura garantista positivista ou garantista constitucionalista. Todavia, há a hipercomplexidade da sociedade atual, pois desde a última fase da modernidade há um direito racional, mesmo aquele oriundo do direito natural, do jusnaturalismo racional ou do posterior momento inicial do Constitucionalismo, em que se percebia a hierarquia das leis, em que, então, o Magistrado é um escravo da lei. Chega, então, nesse modelo hipercomplexo, de sociedade líquida, em que o modelo mercurial, em que o direito de Hermes é líquido, ou seja, que se adapta a novas realidades que a sociedade, sempre na vanguarda, impõe. Uma sociedade ansiosa por mudanças e exigente de mudanças. Uma sociedade que muda permanentemente.

O juiz democrático está instalado nesta complexidade ciente de que a democracia é o lugar da crise. O juiz democrático sabe que não é onipotente, nem onipresente, por isso satisfaz-se com aquela verdade formal, existente nos autos dos processos e obtida pelos meios legais em conformidade com a Constituição. Ser humano que é, também é juiz humano e sobretudo democrático.

REFERÊNCIAS

FERRAJOLI, Luigi. Nove massime di deontologia giudiziaria. Disponível em: <<http://www.magistraturademocratica.it/mdem/upy/fsentenza/L'intervento%20di%20Luigi%20Ferrajoli.pdf>>. Acesso em: 3 jun. 2014.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo* - Um debate com Luigi Ferrajoli/Alexandre Moraes da Rosa ...[et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012 (Constitucionalismo garantista e constitucionalismo principialista e Constitucionalismo garantista e o estado de direito).

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. São Paulo: Malheiros, 2013.

OST, François. Júpiter, Hermes, Hércules - Tres modelos de juez. Disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/08/jupiter-hercules-hermes-tres-modelos-de-juez.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.