

O Estado Jurislador

Georghio Tomelin

(Professor da ITE-Bauru e da Unisa)

Aula Professora

Monica Herman Salem Caggiano

(FADUSP)

16.11.2020

O Estado Jurislador

Política é o sal da terra

**Deliberações jurídicas sem
apoio em limites
fundamentados no direito são
decisões puras de poder.**



GEORGHIO TOMELIN O ESTADO JURISLADOR

GEORGHIO TOMELIN

O ESTADO JURISLADOR

1ª EDIÇÃO
COM 432 PÁGINAS



O ESTADO JURISLADOR

ABSOLUTISMO JURÍDICO

SEGURANÇA JURÍDICA

Absolutismo jurídico

(Paulo Grossi)

Capacidade ordenante da
comunidade de juristas

DIREITO DEVE PARTIR DA NOÇÃO DE UM CONSENSO PRÉVIO, FORMAÇÃO DE UMA SOCIEDADE JURIDICAMENTE ORGANIZADA POR ALGUNS, QUE IRÃO RESOLVER OS CONFLITOS EM NOME DE TODOS?

OU

NO DIREITO DEVEMOS TRABALHAR A POSSIBILIDADE DA DIVERGÊNCIA COMO ANTECEDENTE LÓGICO DAS RELAÇÕES, E ASSIM DAR ACESSO AMPLO ÀS INSTITUIÇÕES JURÍDICAS PARA UMA COMPOSIÇÃO ATIVA DOS CONFLITOS ?

Duas questões fundamentais do direito:

Discutir a produção de um ato

Debater sua aplicação

HOJE VIVEMOS NA JUSTIÇA UM CONFLITO:

-PROTEGER O CIDADÃO

X

-AMPLIAR MEIOS DE INVESTIGAÇÃO

(Higidez das provas no processo?)

TEORIAS OU ATRIBUTOS DA JURISDIÇÃO

- **JURISDIÇÃO FAGOCITÁRIA:** ATIVIDADE EXECUTIVA
- **JURISDIÇÃO ORACULAR:** DIZER O DIREITO COM SACRALIDADE
- **JURISDIÇÃO FUNCIONAL:** RESULTADO PRÁTICO INSTRUMENTAL
- **JURISDIÇÃO PACIFICADORA:** PAZ SOCIAL

“Vere scire est per causas scire”

MATERIAL, FORMAL, EFICIENTE E FINAL

COISA JULGADA?

- **COISA JULGADA JUDICIAL**
- **COISA JULGADA ARBITRAL**
- **COISA JULGADA ADMINISTRATIVA**
- **COISA JULGADA FINANCEIRA**

ALGUMAS REFLEXÕES DE ESSÊNCIA

Portalis

os Códigos do Povo se fazem
com o tempo.

ALGUMAS REFLEXÕES DE ESSÊNCIA

Foucault

Poder e resistência

Verdade e Sujeito

Dispositivo e Normalização

ALGUMAS REFLEXÕES DE ESSÊNCIA

Friedrich Muller

Texto e contexto

Existe lei pré-caso?!

ALGUMAS REFLEXÕES DE ESSÊNCIA

André-Jean Arnaud

Magistrados raciocinam em função da camada social à qual pertencem.

Como fica a igualdade na visão Julgador?

isonomia

isotimia

isegoria

Lacordaire (1802-1861)

“Sermon à la chaire de Notre-Dame (1848)”

«Sachent donc ceux qui l'ignorent, sachent les ennemis de Dieu et du genre humain, quelque nom qu'ils prennent, qu'entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit.»

ISONOMIA PERANTE A JURISDIÇÃO

La majestueuse égalité des lois interdit aux riches comme aux pauvres de coucher sous les ponts, de mendier dans la rue et de voler du pain.

Anatole France

Franz Neumann nos anos 30

... a intuição do juiz apenas subsequentemente é racionalizada...

... a aplicação da lei não é mais do que um ato de reconhecimento, é um mero disfarce...

“O Império do Direito”, Ed. Quartier Latin, 2013

Zygmunt Bauman

adesão a modos de vida

(elite europeia é o ponto de partida).

Tribunais Constitucionais na França e na Inglaterra

França: Em 1985 abandonaram o *legicentrismo* e passaram a falar em filtragem constitucional. Em 2008 criaram a QPC – “**question prioritaire de constitutionnalité**”

GB: House of Lords (Law Lords) / Suprema Corte em 2005

1803 – Marbury v. Madison – Debate sobre a constitucionalidade do **Judiciary Act 1789**

Presidentes dos EUA	Secretário de Estado	Presidentes da Suprema Corte
George Washington 1789-1797		
John Adams (Federalista) 1797-1801	John Marshall 1800-1801	Oliver Ellsworth (nom. GW) 1796-1800 (Judiciary Act 1789)
Th. Jefferson (“Republicano”) Março 1801-1809	James Madison 2 maio 1801-1809	John Marshall 4 fev 1801-1835
James Madison (Republ.) 1809-1817		

Brasil em 1988 o controle pleno de constitucionalidade.

Em 2004, a EC 45

“partidarismo” para dentro do Judiciário ?

Eleição dos corpos diretivos

X

Escolha Técnica do Juízes

CRISE DA JURISDIÇÃO

Crise é a ausência de critério para decidir.

(κρίνω = distinguir / judicar)

“Yo soy yo y mi circunstancia, y si no la salvo a ella no me salvo yo.”

José Ortega y Gasset

INSTABILIDADE SOBRE OS FATOS

DISPUTA PROCESSUAL DE NARRATIVAS

Michele Taruffo

“Uma simples verdade – o Juiz e a construção
dos fatos”

Segundo **Michele Taruffo**, “os esquemas narrativos hegemônicos têm o efeito de impor como ‘normais’ as situações”, e como consequência é “evidente que a incidência dos esquemas hegemônicos traduz-se em uma distorção também relevante dos fatos narrados”.

(“Uma simples verdade – o Juiz e a construção dos fatos”, p. 84.)

Trecho da p. 219 (Nota 425), do livro **O ESTADO JURISLADOR**.

“O processo dá às partes as condições para fazerem valer seus meios de prova e motivos jurídicos e ao juiz as de conhecer o assunto. As fases do processo são elas mesmas direitos.”

“Princípios da Filosofia do Direito”
Hegel no Século XIX

PRECEDENTES MAIS QUE PERSUASIVOS

COMMONLIZAÇÃO

X

STATURIFICATION

Staturification

No sistema do Common Law, desde o século XIX, vem ocorrendo a produção de Códigos (Statutes, Acts, Rules, etc), que têm servido para sumarizar e regular o que a jurisprudência define como direito oponível contra os demais membros da coletividade (a partir da realidade jurídica local).

COMMONLIZAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO?

... alguns processualistas vão no sentido de que não existe um processo de “**commonlização**” do direito brasileiro, mas sim mera ampliação e reorganização do modelo do “stare decisis” à brasileira, que sempre existiu, desde a criação das súmulas em 1963...

instrumentos normativos não-legislativos

S O F T L A W

“soft law” **para-legislativo**: direito “praeter legem” em concorrência com a lei
(+ APLICABILIDADE E VINCULATIVIDADE)

“soft law” **peri-legislativo**: direito recomendado que circunda o sistema normativo oficial (++ APLICABILIDADE E VINCULATIVIDADE)

“soft law” **intra-legislativo**: gera constrição jurídica integral porque internalizado (+++ APLICABILIDADE E VINCULATIVIDADE)

INSEGURANÇA JURÍDICA

Procedimento de aplicação converte o que seria a norma legal em norma-de-decisão do caso concreto.

Quem qualifica e manuseia fatos os corta e recorta ao bel-prazer para a solução que antecipadamente já decidiu ser a “correta”.

Retórica de tipo judicial
Jean-François Lyotard

“Não se trata de: posso provar por que a realidade é como a digo, mas: na medida em que posso provar, é permitido pensar que a realidade é como a digo.”

Velocidade na criação de direitos e segurança

Cappelletti: “é natural que toda interpretação seja criativa e toda interpretação judiciária *law making*.”

Carnelutti: “se a justiça é segura não é rápida, e se é rápida não é segura.”

“ACTIVIST” x “SELF RESTRAINT”

Arthur Schlesinger Jr.

“judicial activism”
Fortune magazine

Artigo de Janeiro de 1947.

**No Estado Jurislador a
JURISFAÇÃO é promovida por
vários atores sociais não
democraticamente eleitos. Papel
alargado da racionalidade
jurídica.**

Controle “social” da caneta dos juízes?

“Nossas democracias se estruturam
como poliarquias competitivas de
ampla projeção pluralista.” (Sartori).

“... a receita democrática envolve como fator primordial a liberdade individual, quer no plano da ação governamental, quer no concernente às inter-relações que se processam entre governantes e governados.”

Monica Herman Salem Caggiano

BUSCA POR CONSENSOS

Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição.

Peter Häberle

BUSCA POR CONSENSOS

“O direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática. A interpretação constitucional realizada pelos juízes pode-se tornar, correspondentemente, mais elástica e ampliativa sem que se deva ou possa chegar a uma identidade de posições com a interpretação do legislador.”

Peter Häberle

Garantimos um mínimo
de participação política real?

“Como garantir a extração asséptica da
vontade popular?”

Monica Herman Salem Caggiano

- Mídias sociais
- Fake News

“Stultorum infinitus est numerus.”
(Eclesiastes, I, 15).

Estado de Exceção Judicial ?

Estamos em situação de ruptura institucional?

Se tudo é estado de exceção, então o sistema jurídico é um NADA, pois não haveria um mínimo de segurança jurídica!

Temos uma aparente situação de normalidade?

Se tudo for ilegal, inconstitucional ou estado de exceção estaremos nos limites política e não nos limites do direito.

Monica Caggiano – “Oposição na Política”

“partilha equilibrada do poder para – como registra a feliz pena de Sartori – assegurar eficaz concretização ao binômio ‘governo da maioria – direitos da minoria’, considerando, ademais, que em terrenos democráticos produzem-se minorias no plural e não uma minoria homogênea”

Estamos melhorando nosso sistema prudencial de imposição de condutas?

“Pendurar as leis tão alto, como fez Denis, o Tirano, que nenhum cidadão as pode ler, ou enterrá-las debaixo de um imponente aparato de sábios livros, de coleções de jurisprudência, opiniões de juristas e costumes, ainda por cima em língua estrangeira, de tal modo que o conhecimento do direito em vigor só seja acessível àqueles que especialmente se instruem, tudo isso constitui uma única e mesma injustiça.”

Hegel

georghio alessandro tomelin

gtomelin@gtomelin.com

direitoadministrativo@uol.com.br