

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA PARAÍBA

### 53.º CONCURSO PÚBLICO DE PROVAS E TÍTULOS PARA INGRESSO NO CARGO DE JUIZ SUBSTITUTO DO ESTADO DA PARAÍBA

PROVA ESCRITA DISCURSIVA  $P_2$  – QUESTÃO 2

APLICAÇÃO: 18/9/2015

## PADRÃO DE RESPOSTA

Espera-se do candidato resposta compatível com o apresentado abaixo, não se descartando possibilidades de respostas que se coadunem com os aspectos mencionados a seguir.

1. Interação mútua entre o direito positivo e a política, com ênfase na fase de edição e da posterior aplicação da norma.

“O direito pode e deve ter uma vigorosa pretensão de autonomia em relação à política. Isso é essencial para a subsistência do conceito de Estado de Direito e para a confiança da sociedade nas instituições judiciais. Essa autonomia, todavia, será sempre relativa. Com efeito, na política, vigoram a soberania popular e o princípio majoritário. O domínio da vontade. No direito, vigora o primado da lei (*the rule of law*) e do respeito aos direitos fundamentais. O domínio da razão”. (Luis Roberto Barroso. **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. p. 46. Internet: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br>>. Acesso em: 5/5/2015).

Em outras palavras, a política expressa o universo da vontade da maioria, enquanto o direito, o domínio da razão pública materializada no ordenamento jurídico e em suas demais fontes.

O direito necessita do poder político para o criar e o legitimar, e a política, por sua vez, não pode se apartar da moldura jurídica, cujos elementos utiliza como instrumentos para a consecução dos seus fins. Nessa perspectiva, há de se fazer uma distinção entre o momento de criação do direito positivo e o de sua aplicação.

Por isso, embora devam ficar em planos apartados, o direito e a política interagem mutuamente, uma vez que “a criação do direito (atividade legislativa) e a sua aplicação *in concreto* (atividade do julgador) convivem como funções do mesmo sistema (a organização política)”. (Pablo Stolze Agliano e Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. 8.ª ed. São Paulo: Saraiva. 2006, p. 8).

Nas democracias, isso significa que o direito, quando da sua criação legislativa, expressa a vontade das maiorias, razão por que, nesse momento, ele é indissociável da política. “Assim, o direito positivo é fruto de uma decisão que é tomada não no âmbito jurídico, mas, na arena política, o que vai determinar o problema da justiça, que acompanha a sociedade moderna, na medida em que direito e justiça não são mais, como em sociedades pré-estatais, sob o paradigma jusnaturalista, coincidentes”. (Dalmo de Abreu Dallari. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 104).

Sob o enfoque da aplicação do direito positivo, a separação entre direito e política não só é desejável como necessária para a subsistência das bases de legitimidade democrática do Estado. Com efeito, o judiciário tem a atribuição precípua de interpretar e aplicar o direito. “Quando o juiz decide matérias associadas aos direitos privados das pessoas (e.g.: condenar a pagar, decretar, divorciar ou despejar, declarar a inexistência de uma dívida), não suscita grandes controvérsias. Mas, quando declara uma lei inconstitucional, suspende a execução de uma obra pública por questões ambientais, determina que o governo arque com um tratamento de alto custo, há uma aparente sobreposição da vontade do judiciário sobre a vontade política dos outros dois poderes. Dessa maneira, é inevitável a tendência ao estabelecimento de uma linha de tensão nas relações entre o Poder Judiciário, de um lado, e o Poder Executivo e o Poder Legislativo de outro”. (Luiz Verneck Vianna; Maria Alice Rezende de Carvalho; Manuel Palácios Cunha Melo; Marcelo Baumann Burgos. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan. 1999. p.10).

Além disso, o Judiciário também tem a função indispensável de proteger as minorias que, provavelmente, não participaram da criação do direito e das leis, mas que também são protegidas em um Estado Democrático de Direito.

Portanto, há uma interação entre o Poder Judiciário e a política quando o julgador produz decisões que interferem nas atuações dos demais poderes. Por isso, no plano da aplicação, a blindagem do direito quanto a ingerências políticas pressupõe a independência do Poder Judiciário, petrificada no conjunto de garantias constitucionais que lhe são asseguradas no âmbito institucional (autonomia administrativa e financeira, capacidade de auto-organização) e funcional (vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade do subsídio de seus membros).

## 2. Atuação do Poder Judiciário na resolução de questões jurídicas para as quais não há norma positivada

Convém ressaltar que os juízes são vinculados ao direito posto e aos valores de categorias da dogmática jurídica de uma maneira geral, porque não criam nem inventam direito. As suas decisões devem ser embasadas, usualmente, em alguma norma que decorre de um ato político anterior (deliberação do legislador).

Todavia, existem inúmeros casos cuja solução não é dada pelo ordenamento jurídico, devido a vácuo legislativo ou a falta de correspondência entre o direito positivo e a realidade dos fatos e da vida. Nessas situações, a atuação do Poder Judiciário para resolução de conflitos se faz segundo o disposto na Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei n.º 4.657/1942), mais precisamente no artigo 4.º, segundo o qual o juiz deve decidir o caso “de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Esse artigo confirma a possibilidade de os juízes poderem e deverem tomar decisões acerca de situações que não foram previstas no ordenamento jurídico, mas ocorrem no mundo fático.

No entanto, isso não significa que os juízes devam exercer vontades absolutas e discricionárias. Longe disso, devem ser intérpretes do sentimento social do seu tempo e conformar suas decisões a uma norma jurídica, ou, na falta desta, a um princípio (sobretudo), que nada mais é do que um valor compartilhado pela comunidade, que lhe fornecerá substrato e legitimidade.

Nesse quadrante, o princípio geral de direito “é fonte subsidiária do direito, por servir de diretriz para a colmatação de lacunas. Norma de valor genérico que orienta a compreensão do direito, em sua aplicação e integração.” (Maria Helena Diniz. **Dicionário jurídico**. p. 852). Nas palavras de Rubens Limongi França, “os princípios gerais de direito, a não ser nos regimes de desmando e arbítrio, sempre serviram como luzeiro à elaboração do Direito Positivo” (Rubens Limongi França. **Princípios gerais de direito**. São Paulo: Editora RT, p. 22).

Adicionalmente, não podem ser relegados outros meios para atuação judicial em casos lacunosos, como por exemplo, os “princípios constitucionais implícitos e explícitos (ex.: proporcionalidade e razoabilidade), que são os “novos princípios gerais do direito”. Na mesma linha estão a interpretação conforme a constituição e a modulação de efeitos em declarações de inconstitucionalidade.

À guisa de exemplos da atuação do Poder Judiciário em casos dessa espécie que tiveram repercussão nacional, podem ser mencionados alguns dos seguintes julgados do STF, entre outros: instituição de contribuição dos inativos na Reforma da Previdência; pesquisas com células-tronco embrionárias; liberdade de expressão e racismo; interrupção da gestação de fetos anencefálicos; restrição ao uso de algemas; legitimidade de ações afirmativas e quotas sociais e raciais; vedação ao nepotismo; não recepção da Lei de Imprensa; a questão da importação de pneus usados; proibição do uso do amianto; reconhecimento da união homoafetiva.