

INFLUÊNCIAS MATERIAIS E ESTRUTURAIS SOBRE A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Juraci Mourão Lopes Filho*

Introdução. 1 Formas de Estruturação do Judiciário. 1.1. O modelo hierárquico de organização do Judiciário. 1.2. O modelo paritário de organização do Judiciário. 2 Implicações Jurisdicionais da Forma de Organização do Judiciário. 2.1. Jurisdição e processo no modelo hierárquico. 2.2. Jurisdição e processo no modelo paritário. 3 O Advento do Estado de Direito e suas Formas. 3.1. O Estado Legislativo e sua Jurisdição. 3.2. O Estado Constitucional e sua jurisdição. 4 Jurisdição no Brasil: entre a hierarquização do Judiciário e a constitucionalização do Estado e do Direito. 5. Conclusão. Referências.

RESUMO

A jurisdição constitucional brasileira é moldada pela estruturação hierarquizada e piramidal do Judiciário (aspecto estrutural/formal) e pelas concepções teóricas que fizeram emergir o Estado Constitucional (aspecto material). Essas influências rompem o modelo tradicional, pois a estruturação judiciária hierarquizada foi concebida para o funcionamento de uma jurisdição típica de um Estado legislativo. O presente artigo busca trazer à tona esses elementos de influência e expor suas consequências e tensões sobre a atividade jurisdicional brasileira.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional. Judiciário hierarquizado. Estado Constitucional.

INTRODUÇÃO

Toda atividade humana sofre influências do contexto cultural em que está inserida, das instituições e dos indivíduos que a exercem, bem como do referencial teórico que a fundamenta e orienta. Com a jurisdição não acontece diferente.

Conquanto se possa formular um conceito ideal de atividade jurisdicional, sua efetiva realização é condicionada por fatores reais verificados no local e no período em que é exercida. Cada Estado, desde as disposições constitucionais, traz características institucionais e jurídicas que são singulares e próprias que moldam a respectiva atividade jurisdicional. A estrutura do Judiciário, o modo de recrutamento dos juízes e a relação que estes mantêm com sua instituição são fatores especialmente determinantes.

* Doutor (UNIFOR) e Mestre (UFC) em Direito Constitucional. Pós-graduado *lato sensu* em Direito Processual Civil (UFC). Professor de Direito da Unichristus. Procurador do Município de Fortaleza. Advogado. E-mail: juracimourao@gmail.com

Mas não só as prescrições de direito positivo têm essa capacidade. Por ser uma atividade estatal de relevância constitucional incomensurável, sofre influências da postura teórica e mesmo ideológica que se tem sobre Estado de Direito de um modo geral. Assim, as mudanças do constitucionalismo, entendido como o movimento político, e o aporte teórico em torno das constituições atuam diretamente sobre o que se deve entender por jurisdição, qual seu papel na interpretação/aplicação do direito e o modo como os juízes decidem. A mudança da teoria constitucional impõe, necessariamente, uma mudança da jurisdição.

Em resumo, tem-se que a jurisdição é influenciada pela estrutura judiciária que a exerce (influência formal) e pela concepção teórica acerca do Estado (influência material).

O presente trabalho tem por objetivo expor as principais características das estruturas judiciárias que existem no direito comparado e averiguar a escolha feita pelo constituinte brasileiro, de modo a identificar os efeitos que exercem sobre a atividade jurisdicional. No mesmo âmbito, busca-se apresentar os contornos fundamentais do Estado Legislativo (de ampla difusão no século XIX) e do Estado Constitucional (concepção majoritária após a segunda metade do século XX) e o papel da jurisdição em cada um deles, com a finalidade de bem identificar o parâmetro que atualmente orienta a jurisdição constitucional brasileira, indicando seus pontos de tensão e reformulação.

Esperar-se, com resultado, trazer à tona aspectos e elementos que silenciosamente moldam tão relevante atividade.

1 FORMAS DE ESTRUTURAÇÃO DO JUDICIÁRIO

A maneira de uma determinada ordem jurídica estruturar o órgão responsável pela atividade jurisdicional leva em consideração, como regra, três elementos: a) profissionalização ou não de seus membros; b) forma de relação entre esses membros; e, por último, c) modo pelo qual eles tomam as decisões. Nesse sentido, Mirjan Damaška apresenta obra em que investiga a atividade jurisdicional nas mais variadas localidades, considerando justamente esses três elementos e suas interrelações. Os estudos do autor guiarão a demarcação realizada nesta parte do estudo. Escreve:

Gli elementi concettuali che occorrono per questo quadro di riferimento corrispondono a tre quesiti che spesso se pongono quando si esamina un'organizzazione di potere; il primo riguarda le attribuzioni dei funzionari, il secondo i loro rapporti, e il terzo il modo in quale essi prendono decisioni. Così distinti, questi tre aspetti del potere hanno dato tempo l'impressione di influenzare la forma del processo, ed io li utilizzerò come parametri per definire le nostre categorie. Per quando riguarda il primo parametro di solito l'interesse viene rivolto alla distinzione tra i funzionari di professione, con incarico permanente, e quelli non specializzati e con incarico temporaneo. Quanto ao secondo parametro, due configurazioni ulteriori esigono una particolare attenzione: nella

prima i funzionari sono chiusi in una stretta rete di sovraordinazione e subordinazione; nella seconda sono in una posizione più o meno paritaria, organizzati in un singolo livello di potere. Per il terzo parametro, infine, la distinzione decisiva è tra un metodo decisionale che si avvale di criteri specialie o “tecnici”, ed un metodo informato a regole indifferenziate o generali della comunitè¹.

É certo que, como cada um desses elementos não está ligado por um liame de necessidade, há a possibilidade de combiná-los das mais variadas maneiras. No entanto, normalmente, uma magistratura profissionalizada está organizada hierarquicamente, e suas decisões são eminentemente técnicas. Por outro lado, a não profissionalização traz consigo, comumente, uma disposição paritária e temporária dos julgadores, sendo suas decisões pautadas não em critérios especiais da teoria do Direito, mas em parâmetros vigentes na sociedade.

Em alguma medida, o sistema do *civil law* organiza seu Judiciário com membros profissionais – exigindo-se inclusive a formação educacional no nível de bacharelado – dispostos em uma estrutura piramidal, com critérios de ascensão burocratizados, sendo as decisões tomadas segundo critérios estritamente técnicos. Já no sistema do *common law*, é comum que as decisões sejam tomadas por leigos, normalmente um júri, sem maiores rigores técnicos, relegando-se aos magistrados de carreira uma atuação complementar, os quais são dispostos, com poucas ressalvas, em uma hierarquia arrefecida.

A despeito das críticas que lhe são normalmente formuladas, o modelo hierarquizado, de origem napoleônica, com seu tecnicismo, burocratização e relacionamento escalonado, é que vem angariando novos espaços nos ordenamentos da atualidade, mesmo os países tradicionalmente do *common law* vêm adotando esse modelo. É certo, portanto, que, na realidade, tenham-se híbridos, mas com determinante inspiração no modelo ideal, o que não desnatura sua classificação com tal.

Diante disso, a exposição dos dois modelos ideais que inspira a prática deve se dar mediante a abordagem de cada um desses três elementos: profissionalização ou não dos membros; forma de relação entre eles; e o modo pelo qual tomam as decisões.

1.1. O modelo hierárquico de organização do Judiciário

Já no início da abordagem desse modelo, destaca-se a profissionalização dos magistrados. Como dito, somente alguns poucos membros da sociedade que possuírem específica formação educacional estão habilitados a candidatar-se a uma vaga no órgão judicante. Ademais, a seleção desses habilitados – com poucas ressalvas relacionadas aos tribunais superiores – é feita mediante uma avaliação dos conhecimentos técnicos angariados nos bancos universitários e na leitura de bibliografia própria ou mediante escolha por órgãos específico, mas sempre tomando em consideração o conhecimento técnico.

Uma vez ingresso nos quadros do Judiciário, o indivíduo passa a fazer parte de um corpo coeso e fechado, o qual permite uma distinção entre os “internos” desse corpo e os “externos” a eles. A participação dos “externos” é pontual, limitada e excepcional, considerada quase que uma intrusão danosa ao desempenho da atividade técnica.

O passar do tempo na corporação, somado ao sem-número de repetições da mesma tarefa, faz surgir uma padronização de comportamento, importando uma perda na constatação de circunstâncias específicas e únicas que demandam uma justiça individualizada. Entre os muitos modos de solução da controvérsia posta perante o magistrado, há a tendência por preferir se tomar aquele que é habitual ao magistrado, ao órgão de que faz parte ou a outros pares, mas em especial, a seus superiores. A observância de precedentes se dá mediante uma deferência acrítica a julgados de cortes mais elevadas.

Essa repetição que ocasiona a padronização dos julgados, fruto da profissionalização dos membros, incrementa a divisão entre “internos” e “externos” do corpo judiciário, possibilitando um isolamento do seio social e da comunhão de valores e aspirações.

Ademais, a repetição de padrões, com o sentimento de corporação fechada, faz que, no âmago dos membros de carreira, seja incentivada uma cisão entre o juiz e o cidadão, especialmente caracterizada pelo desprezimento emotivo segundo o qual se deve conduzir aquele. O magistrado, como parte do órgão, é incentivado a ter o comportamento típico de uma entidade impessoal.

Por outro lado, a relevância dessa padronização está na criação de uma memória institucional sobre os casos padrões de maneira genérica, permitindo uma previsão do julgado, o que pressionará a atividade futura, sem, contudo, pôr-lhe amarras para análise da realidade e especificidades dos casos futuros. Em função disso, assevera Damaška²:

Questa sciossione fra l'organo e il suo titolare favorisce un modo di ragionare istituzionalistico: gli impulsi a scalfare gli interessi istituzionali ed a consultare la propria coscienza sono troppo “protestanti” per essere tollerati. Le sentenze divengono pronunce di un'entità impersonale (un organo) anche quando un singolo individuo è incaricato della loro emanazione. E siccome l'istituzione deve esse univoca, per non essere equivoca la pronuncia di una decisione presa da diversi funzionari elimina precedenti disseni interni: coloro che non sono d'accordo devono reprimere i loro sentimenti.

A profissionalização e a institucionalização do comportamento dos membros da magistratura estimulam uma padronização do labor judicial, que se torna menos atenta à riqueza de detalhes do caso específico que estão a apontar na direção de uma decisão apropriada e adequada às circunstâncias com notas de individualidade.

Nesse contexto, o juiz é levado a equiparar, até mesmo forçosamente, casos minimamente parecidos para poder alinhar sua decisão a um julgamento anteriormente proferido, sobretudo se for o de uma corte superior. Os contornos próprios a caracterizar um caso único são apagados no intuito de fazê-los caber em padrões batidos pelos julgamentos reiterados que moldam uma linha jurisprudencial, os precedentes que formam a jurisprudência são aplicados, são elevados a uma grau máximo de abstração e aplicado mediante um silogismo, em que ocupa a posição de premissa maior. Há uma tendência à tipificação das matérias de ordem fática e jurídica. Existem, também, um forte sentimento de ordem e um marcante desiderato de uniformidade.

Corroborando isso, tem-se uma organização hierarquizada em forma piramidal do Judiciário. Nela, o poder, tanto administrativo quanto jurisdicional, vem descendo pelos vários níveis, oportunizando, indevidamente, uma desigualdade entre os membros, muitas vezes, não prevista e, até mesmo, combatida pelas Constituições. O juiz de uma corte superior teria uma ascensão qualificada sobre os situados em escalões inferiores.

Nessa estrutura, todo grau imediatamente superior importa maior poder e prestígio. Os que estão no mesmo grau permanecem em posição de igualdade, o que, porém, não autoriza, em casos de desentendimento, poderem chegar a uma autocomposição ou a um mútuo compromisso, pois, necessariamente, entre eles, interferirá um superior, que jamais poderá ter seu poder e influência, de qualquer modo reduzidos. Por isso, a legislação processual nos países que adotam essa estrutura judiciária conspira em prol de uma fácil ascensão das causas aos graus superiores. É insito, portanto, a Judiciários hierarquizados a existência de muitos recursos.

Essa estrutura piramidal e rigidamente hierarquizada, na qual a preponderância do exercício do poder cabe ao ápice, traz um problema intrínseco: se todos os processos da base subirem ao topo, como viabiliza a grande quantidade de recursos, haverá inexorável inviabilização dessas instâncias mais elevadas. Para esse estrangulamento não ocorrer, deve haver uma rígida seleção do que poderá subir. A grande quantidade de recursos deverá ser equilibrado com critérios qualitativos para seu manejo apenas com isso se força a escolha por assuntos mais facilmente verificáveis por um órgão distante dos fatos e das partes, ou seja, que somente conhecerão aquela pequena fração da realidade que – com a defasagem natural e inevitável – for reduzido a termo e colacionada aos autos.

O problema intrínseco da organização hierarquizada e piramidal impõe uma necessária divisão de tarefa: aos superiores caberia uma análise universal e mais ampla avaliação das questões, permitindo um esquema ordenatório da atividade jurisdicional, enquanto aos inferiores, a análise das minúcias dos casos. A impossibilidade de aferir as individualidades do caso concreto de que padece o grau superior é compensada pela possibilidade de ordenação genérica da atividade jurisdicional, remanescendo, porém, a maior adequação dos graus inferiores de considerarem as nuances de cada situação.

A tensão entre a análise das peculiaridades e a padronização com o topo, assim, é amenizada: somente no pertinente a questões abstratas deve haver um alinhamento com os graus superiores, dada a miopia (necessária para a própria viabilização de seu labor) quanto a pormenores, especialmente de ordem fática.

No modelo em análise, no qual os membros do Judiciário são profissionais de apurada técnica que se organizam de maneira rígida e hierarquizada, suas decisões devem, por necessidade de uma maior adequação lógica, ser igualmente técnicas, pautadas não em critérios de senso comum. A abertura que esse sistema confere a outros critérios se dá de maneira pontual e particular, correspondendo à situação residual, e sempre sob os auspícios da juridicidade, a qual nunca poderá contrariar.

Em suma, o modelo hierárquico de organização do Judiciário tem uma estrutura piramidal, na qual o ápice tem grande ingerência sobre os níveis inferiores, permitida pela facilidade de ascensão das causas, mediante uma atuação ordenatória que relega a plano secundário as nuances de cada caso, preferindo-se, por consequência, uma versão lógica do legalismo tecnicista.

1.2. O modelo paritário de organização do Judiciário

O modelo paritário possui marcante distinção para o modelo hierárquico em todos os níveis. Tem preponderantemente como tomadores de decisões pessoas leigas relacionando-se entre si de maneira horizontal (sem hierarquia) que utilizam, como não poderia ser diferente, critérios não técnicos para embasar seus veredictos.

Com efeito, os quadros de uma justiça paritária normalmente são formados por funcionários selecionados sem a exigência de uma formação educacional especializada. São escolhidos para exercerem a função apenas temporariamente, o que impede a repetição padronizadora típica do modelo anteriormente apresentado. Há amplo espaço para a espontaneidade e improvisação. Dificilmente as questões jurídicas são tomadas sem considerar as pessoas e seus dramas envolvidos.

As atuações pessoal e institucional do julgador não são claramente distinguidas, até porque não existe tempo hábil para especialização do trabalho, porquanto, somente quando o encargo é por tempo maior, a instauração e o incremento de método são possíveis. Essa preponderância dos leigos na administração da justiça enseja críticas, as quais são muito bem colocadas por Damaška³:

Uma grossa difficoltà che incontra questa organizzazione di funzionari temporanei sta nella sviluppo di una memoria attendibile: come trattare problemi complessi e funzionare con continuità piuttosto che a tratti. Tali difficoltà formano il terreno favorevole all'emersione di una casta de professionisti che dai rapporti con i funzionari laici traggono i loro affari. Questi professionisti assistono l'inesperto organo decisionale, fornendogli informazioni e mantenendo in tenue rapporto di continuità con l'apparato di potere. La specializzazione, benché assente nell'apparato di potere, può trovarsi nelle

sue pirghe. In sostanza, viene così a crearsi una relazione di simbiosi tra una casta di professionisti di potere e i diletstanti in posizione di potere.

Nesse contexto, obviamente, as decisões que forem tomadas não serão segundo critérios técnicos, até mesmo pela falta de obrigação para tanto. Assim, aquela cisão que é fomentada nos magistrados no sistema hierárquico (decidir como profissional, ainda que de maneira distinta de como decidiria como cidadão) aqui não há. Dificilmente uma decisão será tomada de forma apartada das regras éticas, políticas ou religiosas dominantes no ambiente social de onde veio a pessoa do julgador.

Esse conjunto de parâmetros de julgamento lançado pelos agentes leigos é abarcado pela rubrica de “justiça substancial”, o qual sempre invoca termos vagos, como “razoável” e “correto”, os quais podem ser perfeitamente aferíveis e determinados, dependendo da inserção social, assim como acontece com termos, como “obsceno” ou “moral pública”. A transparência deles depende da clareza do consenso na comunidade ou do grupo de que fazem partes os julgadores. Não há aqui, própria e claramente, a divisão entre externos e internos da instituição jurisdicional.

Por outro lado, os funcionários laicos se relacionam horizontalmente, não sendo possível se identificar, com clareza, um superior entre eles. A distribuição do poder, dessa forma, é horizontal, consistindo em absoluta exceção à superposição rígida de uns sobre os outros.

Intrinsecamente ligada a esse modelo de distribuição horizontal, há uma força de dispersão que enfraquece qualquer tentativa de centralização de poder, fazendo surgir uma séria ameaça à coerência interna dos órgãos decisórios. Combatendo essa força desagregadora, ínsita ao modelo ora em estudo, existe a consciência de todos aqueles que tomam as decisões de que, se agirem de maneira contraditória e desgarrada, estarão ensejando a inviabilização do próprio aparato jurisdicional.

Como regra, o modelo paritário liga-se aos países da tradição anglo-saxã, especialmente por influência de fatores históricos.

2 IMPLICAÇÕES JURISDICIONAIS DA FORMA DE ORGANIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO

2.1. Jurisdição e processo no modelo hierárquico

As principais implicações processuais do modelo hierárquico de organização podem ser sumariadas pelas seguintes características, segundo as lições de Damaska: a) estruturação do processo em uma sucessão ordenada de fases; b) marcado controle superior; c) documentação de toda atividade processual; d) fragmentação do processo; e) exclusividade da atuação oficial; f) legalismo lógico.

A estruturação em fases é decorrência da especialização do trabalho que é exigida dos juízes. Cada fase em que se dividir o processo importa a concentração de todos os esforços para um único desiderato, seja, por exemplo, para instruir o feito com as diversas modalidades de provas, seja para receber das partes suas postulações ou, ainda, apenas e tão-só julgar. Em cada uma delas, há uma orientação própria de como devem comportar-se os sujeitos do processo, segundo regras próprias e ajustadas. A atuação especializada aqui se mostra em cores vivas. Especialmente os atos praticados pelo magistrado serão voltados para um objetivo específico e adequado, conseqüentemente, terão contornos também específicos e adequados ao objetivo perseguido, relegando-se para o momento próprio atos voltados para outras finalidades.

Por sua vez, a disposição vertical da instituição demanda um regular controle dos atos dos inferiores por aqueles que estão nos níveis mais elevados. Pouquíssimas matérias tratadas pelos magistrados iniciais estão imunes à ascensão e reavaliação. Sejam os fatos, seja o Direito ou ainda a lógica utilizada; tudo pode ser, a *priori*, reavaliado pelo grau imediatamente superior, sendo as restrições comuns somente em níveis especiais de jurisdição.

É normal que a decisão final do feito não seja aquela proferida pelo primeiro grau. Ao contrário, a larga revisão hierárquica dos atos faz que as decisões iniciais sejam quase que meramente provisórias.

A amplitude de revisão pela instância superior exige que toda a atividade dos graus inferiores seja documentada para poder ser conhecida alhures, daí se falar em um poder-dever de documentação do magistrado, cujo fruto são os autos do processo. Os únicos elementos da causa que o magistrado superior conhecerá serão aqueles que forem reduzidos a termo.

É também a abrangência da reavaliação superior que responde pela necessidade de o processo no modelo hierárquico ser fragmentado em partes, com características e princípios próprios, fazendo surgir uma dilação no tempo de todos os atos, pelo que diverge diametralmente do tipo de processo que prevê o chamado *day in court*, quando ocorre uma concentração dos atos processuais em uma única sessão, que poderá, quando muito, ser suspensa, mas jamais fragmentada.

Convém destacar a incongruência do *day in court* com o regular reexame superior. Por nele haver grande relevância e impressões momentâneas impossíveis de serem documentadas, cria-se um empecilho para que a instância superior conheça plenamente a causa julgada. Não é que a fragmentação das fases possibilite uma perfeita transferência de todas as nuances da controvérsia, no entanto ela permite uma defasagem um pouco menor.

Por fim, a última marcante característica do processo hierárquico é a concepção de submissão do juiz à lei. Nessa linha de idéias, a discricionariedade decisória com considerações concernentes ao estabelecimento de linhas-guias são tomadas como recursos a serem lançados somente em último

caso, quando não se puder atuar satisfatoriamente com a regulamentação rígida e conformadora.

2.2. Jurisdição e processo no modelo paritário

Assim como no anterior, o modelo paritário demanda, de acordo com Damaska, processo a ele adequado, cujos pontos essenciais são: a) concentração do processo na instância inicial; b) preponderância de um único nível decisório; c) confiança na oralidade e no testemunho tomado diretamente em audiência; d) *day in court*; e) legitimidade da atividade judiciária privada; f) julgamento segundo a justiça substancial por juízes leigos.

Todos esses elementos possuem entre si uma mútua interação, muitas vezes, um tem como consequência o outro. O conjunto enseja um processo fortemente centrado no primeiro grau de jurisdição – pressuposto como o único – no qual as instâncias recursais são pouco abrangentes, até mesmo porque os principais atos do processo – especialmente aqueles de julgamento, postulação e avaliação de provas – são praticados no chamado *day in court*, de maneira oral, sem maior dever de documentação de toda os meandros que os compõem, talvez pela consciência de isso ser materialmente impossível.

Ademais, a investigação privada de provas e outras atividades jurisdicionais são deferidas às partes. Por fim, o veredicto da causa será proferido por leigos, dos quais, obviamente, não é exigido apuro técnico, facultando o uso da já mencionada “justiça substancial”.

Como se vê, a primeira e evidente característica do processo paritário é a maior relevância que se dá à instância inicial. Toda a atividade jurisdicional tem, como centro, o julgamento perante o primeiro juiz, que, como dito, se pressupõe que será o único. O *trial* (materialização do *day in court*), que não se resume no julgamento do processo do modelo hierárquico, mas sintetiza vários momentos que, no processo paritário, estão espalhados, é a sinédoque de todo o processo.

A fase recursal não só é débil – porquanto não possui sequer minimamente a amplitude e a regularidade do modelo de sistema hierárquico – como também o primeiro nível de julgamento não tem aquela aparência de processo meramente preliminar. Há uma mútua conformação entre a centralização do processo no grau primário de julgamento e a preponderância de um único grau de julgamento. Todos os atos importantes são realizados em primeira instância. Isso, porém, não tem, como consectário lógico, a vedação da revisão dos julgados nem a imediata possibilidade de execução deles.

Ainda que mais restrita do que no modelo hierárquico, é lícito àquele inconformado com a decisão inicial buscar em magistrados superiores a reforma da decisão ou a determinação de um novo julgamento inferior. O reexame pela instância superior é permitido quase somente em casos nos quais se cometeu um erro evidente e claro, que faz a sentença ter uma aparência de irracional. É,

assim, uma limitação da instância recursal aos erros mais aparentes. Ademais, basta, para impedir o reexame, uma fundamentação fragmentária e sintética. Nesse contexto, o direito ao recurso não é considerado como fundamental para caracterização de um processo justo.

Precisamente por ser o controle superior excepcional, desnecessária é a extrema necessidade de formação de autos, cuja principal função – como visto – é justamente possibilitar ao nível hierarquicamente superior o amplo conhecimento dos atos do processo. A oralidade, por consequência, impera, o que é fomentado pelo fato de os responsáveis pelo julgamento serem leigos temporários, dado naturalmente incompatível com a formação de uma memória institucional (a qual pode ser apontada como outro motivo a exigir a formação de autos).

É a natureza leiga dos julgados do processo paritário que também importa a maior aceitação nesse modelo de os particulares desenvolverem atividades tipicamente jurisdicionais, pois aqueles que compõem o Judiciário não formam um corpo autônomo, com origem universitária específica. Os membros da advocacia são naturais candidatos ao recebimento de uma parcela da atividade jurisdicional. Muitas funções ordinatórias, que seriam de exclusiva competência dos burocratas de nível inferior nos modelos hierárquicos, podem ser transferidas ao advogado. Por exemplo, os procuradores americanos podem expedir ordens de comparecimento, tomarem depoimentos e, até mesmo, serem encarregados de redigirem decisões que o juiz posteriormente somente assinará.

Portanto, tem-se, de um modo geral, um processo menos burocratizado e com menos possibilidades recursais. Entretanto, há julgamentos sem maiores compromissos técnicos e embasados em critérios não técnicos.

3 O ADVENTO DO ESTADO DE DIREITO E SUAS FORMAS

Postos os parâmetros de influência oriunda da estruturação da máquina judiciária, deve-se lançar luz sobre a influência de ordem material, originada da concepção teórica que se tem de Estado.

Na linha do que leciona Zaagrebelsky,⁴ o Estado de Direito, por suas diferentes formas, possui elemento característico que o opõe ao Estado da Força (manifestação típica do século XVII) e ao Estado de Polícia (comum ao longo do século XVIII). Propõe-se a ser um Estado fundado na razão humana e não em fatores exógenos como a vontade divina ou a natureza das coisas, que costumam pôr as pessoas em uma posição de sujeição ao Estado.

A busca pelos fundamentos do próprio Estado e da obrigatoriedade do cumprimento da ordem jurídico encontrou sob a égide do Estado de Direito elemento propriamente humano: a razão. Isso depois de uma evolução, não necessariamente linear e ininterrupta, que remonta à Grécia Clássica, perpassando por vários momentos cruciais.

Sempre foi objeto de inquietações e estudos a questão da fundamentação das normas vigentes em uma determinada sociedade e da própria existência do Estado. Inicialmente, foram apresentados fundamentos cosmológicos. Os gregos, bem fiéis à sua noção de cosmo harmônico e integrado, compreendiam que a conduta humana deveria adequar-se a essa harmonia mediante sua reprodução na *polis*, expressão do que tinham por Estado.

Posteriormente, em uma perspectiva eminentemente teológica, as leis deveriam ser cumpridas por serem decorrência de uma emanção divina, por estarem de acordo com a Lei de Deus. Concebia-se, então, um Direito Natural teocêntrico, no qual deveria o Direito posto colher seu fundamento de validade, sob pena de perder a obrigatoriedade. Ainda que a ideia de justiça fosse encarada como uma justiça humana, não era no indivíduo, no homem, que deveria ser procurada, mas em Deus. Nessa perspectiva, o Estado se submetia somente ao divino e não a qualquer prescrição humana.

É, sobretudo, com base nessas concepções teológicas que se funda o assim chamado Estado de Força bem comum até o século XVI. Não havia, propriamente, uma subordinação do Estado ao Direito, pois, na condição de escolhido por Deus, o monarca concentrava toda a emanção jurídica, sendo o único centro livre e desimpedido de criação jurídica que a todos subordinava e a ninguém era subordinado.

Entretanto, a esse naturalismo teocêntrico sucedeu a antropocentralização do Direito Natural. Houve uma “desnaturalização” do Direito Natural no sentido de não mais ser fundado em algo exógeno, na natureza das coisas que defluiriam de Deus ou do Cosmo harmônico. Centrou-se no ser humano e em suas características tidas como primordiais: a vontade e a razão. Consequentemente, as normas deveriam colher fundamento nessas mesmas características, daí porque surgiram os contratualismos de Hobbes e de Rousseau, os quais, a despeito da diversidade de premissas, apontavam na mesma direção: a ordem jurídica seria vinculante porque embasada em um contrato levado a efeito por todos os indivíduos no livre exercício de suas vontades e discernimentos.

Neste período, buscaram-se fórmulas simplificadoras da essência humana a que se deveria vincular o Direito posto, tais como a vontade geral de Rousseau, o que, em verdade, nada mais era do que aspirações. Como bem escreve Giorgio Del Vecchio:

Todos estes escritores jusnaturalistas (entre os quais Pufendorf) oscilam entre os dois diversos significados, e isto torna suas doutrinas defeituosas e facilmente refutáveis, não obstante a parcela de liberdade que em si abrigam. Os jusnaturalistas seguem um método ambíguo e, por conseguinte, imperfeito: dão forma de narrativa histórica a postulados de natureza ideal e não ousam afirmar estes sem procurar confirmação histórica. Comportam-se assim como semi-idealistas e, também, podemos acrescentar, como pseudo-historiadores.⁵

No século XVIII, alguns monarcas, já vislumbrando as mudanças capazes de ocorrer por causa dessas ideias iluministas, resolveram arrefecer a arbitrariedade estatal frente ao Direito, inaugurando o que se chamou de Estado Absolutista Tardio ou Estado de Polícia. Nele, não mais se concedia uma liberdade plena ao monarca que, ainda que existente, limitava-se à atividade entendida como propriamente de Estado. É exemplo dessa parcial submissão ao Direito a teoria do fisco, de origem alemã, segundo a qual o patrimônio público não mais pertenceria ao príncipe ou ao Estado, mas ao fisco, que teria personalidade jurídica de direito privado, submetendo, então, às disposições desse ramo do direito e ao julgamento dos tribunais. As atividades de Estado regiam-se pelas normas editadas pelo príncipe, fora, portanto, da avaliação dos tribunais.

Entretanto, essas concessões operadas ao longo do século XVIII não foram suficientes para conter a onda revolucionária embasada nas concepções iluministas. Como produto das revoluções burguesas na América Inglesa e na França, surgiu o Estado de Direito, o Estado da Razão e da Lei Racional imposta por um legislador igualmente racional, representativo da vontade geral. O embasamento teórico para essa perspectiva é a constatação de que a lei escrita e posta seria o único elemento objetivo do Direito, único passível de uma compreensão racional neutra. A ela, portanto, deveria se submeter o Estado. Eis o ponto fulcral para compreensão do Estado de Direito.

Historicamente, essa compreensão encontra guarida no fortalecimento dos Estados-Nações e no incremento do ideal de soberania. Compreender o Direito como um produto do Estado nacional evidenciava sua relevância para o indivíduo e para a própria sociedade.

O Estado de Direito nasce, portanto, como um Estado Legislativo, mas evolui até o Estado Constitucional, cujas características de cada uma passamos a expor mais detidamente com a demonstração da jurisdição que lhe é típica.

3.1. O Estado Legislativo e sua Jurisdição

O Estado Legislativo teve seu apogeu no século XIX. Sua característica mais marcante é, como a terminologia revela, a proeminência do Legislativo e de seu produto, a lei. A constituição seria documento eminentemente político, responsável pelo ato de fundação do Estado. Por sua vez, o Legislador racional, representante da vontade popular reunido em assembléia, seria o responsável pela criação do Direito, traduzido, em última medida, como juízo deôntico formal de uma regra, com descriptor e prescrito ligados por um liame lógico de dever-ser.

A lei (entendida como a própria norma escrita), portanto, é exaltada. Nada mais lógico, pois, como dito, é tomada como produto da própria racionalidade humana (característica redentora responsável pela “iluminação” dos indivíduos que deixaram as “trevas medievais”) para o Direito. O princípio da legalidade é

a expressão máxima do direito fundamental de que dispunham os indivíduos perante o Estado. Sobre ele, muito bem escreve Gustavo Zagrebelsky:⁶

Il principio de la legalità, in generale, esprime l'idea della legge come atto regolativo supremo e irresistibile al quale, in linea massima, non è opponibile alcun diritto più forte, a quello che ne sia la forma e il fondamento: né il potere de eccezione del Re e della sua amministrazione, in nome di una superior ragion di Stato; né la disapplicazione da parte dei giudici o la resistenza dei singoli in nome di un diritto più alto (il diritto naturale o il diritto tradizionale) o di diritti particolari (i privilegi locali o sociali).

Cumprir destacar, conforme o faz o mesmo autor, que o princípio da legalidade tem contornos próprios fornecidos pela cultura continental europeia na qual surgiu, que o distingue de seu congênere inglês (*Rule of Law*).

O *Rule of Law* tem seu perfil definido pela tradição inglesa de luta dos senhores feudais contra o rei realizada ao longo dos anos numa dialética processual perante os tribunais do *Common Law* e, posteriormente, nas cortes de *Equity*. Conforme nos narra Patrícia Perrone Campos Melo⁷, por existir na Inglaterra uma miríade de normas costumeiras, cabia aos magistrados a função de ordenação do Direito. Como, inicialmente, as cortes eram locais, o rei criou um sistema formal e rígido de vinculação desses tribunais aos precedentes de sua corte central. Assim, na tradição anglo-saxã, o Direito não é fruto de um juízo racional, abstrato e universal, que busca se desprender da realidade e do mundo para atingir formulações puras e genericamente válidas. Seu desenvolvimento decorre de um longo e contínuo processo histórico realizado ao longo de séculos, sendo suas prescrições sempre abertas a novas influências. Dada sua origem em disputas judiciais concretas, tem um direito muito mais atento à ideia de uma justiça particular e adequada, ao invés de uma generalizante.

Já o princípio da legalidade tem a mencionada característica de centralização da produção jurídica no Parlamento dada a influência histórica da anterior centralização na figura do monarca. Verifica-se, portanto, uma substituição quanto ao sujeito (do monarca pelo parlamento), mas mantendo-se a concepção centralizada de produção de direito. Dado seu fundamento remonto na concepção de racionalidade humana invariável, a legalidade, nessa perspectiva, aspira à criação de um direito universal e atemporal, justamente porque uma análise objetiva, neutra e imparcial do direito possibilitaria as criações de prescrições igualmente precisas e imutáveis. Por via de consequência, tem-se um sistema jurídico geral e abstrato que se alheava das particularidades e especificidades de cada situação, de cada povo, de cada momento histórico. A força da razão reta e universal a tudo isso se imporia, o mesmo acontecendo com o direito legislativo racional.

Essa perspectiva, conforme adverte Zagrebelsky, aliava-se ao positivismo jurídico e ao liberalismo.

Não se desconheciam os valores e a moral, apenas os consideravam elementos estranhos ao Direito, fora de uma abordagem daquilo que seria puramente

Direito: as normas postas pelo Estado. A axiologia possuía importância para o Direito, mas isso não significava que ela fizesse parte dele. No Direito Constitucional, concebia-se uma ordem constitucional restrita à Carta de Poderes e de organização de um Estado, cujo conteúdo seria aquilo e estritamente aquilo que nela estivesse escrito.

Segundo essa perspectiva, a Constituição, como dito, representava a chave fundamental que respondia pela autorreferência do sistema normativo, vez que tomada como a decisão política primordial de um Estado. Conquanto, situada no topo da cadeia hierárquica, ela era tida como um documento de cunho mais eminentemente político do que jurídico. Representava o ato de poder inaugural de um Estado, a partir do qual as leis (estas sim dotadas de máxima carga jurídica vinculante) derivavam. Perceba-se que, nessa noção de Constituição, ela é tomada quase que uma mera proclamação de intenções dos fundadores de uma república, documento final de anunciação da vitória revolucionária, ou seja, um ato eminentemente político, cuja observância cabia ao Legislativo e ao Executivo, responsáveis pela transformação dessas intenções em mandamentos propriamente jurídicos, plenos de força normativa.

Essa compreensão da Constituição evidenciava, em verdade, uma perspectiva de neutralidade axiológica, porquanto, se tomada como um ato político, como uma proclamação final de uma revolução, poderia assim ser qualquer espécie de ato meramente político ou de qualquer revolução.

Essas concepções teóricas do positivismo tiveram forte impacto sobre o modo de se compreender a jurisdição, sobretudo porque se somavam a razões históricas. José de Albuquerque Rocha⁸ ensina que, sobre os tribunais do antigo regime europeu, os revolucionários de 1789 despendiam grande desconfiança, pois seus membros haviam sido escolhidos pelos antigos governantes e suas decisões refletiam posicionamentos reacionários e corporativistas. Pelo isolamento corporativo, os juizes das cortes foram de tal forma surdos às exigências sociais a ponto de se tornarem alvos da mais exacerbada manifestação de explosão popular revolucionária.

A atribuição do Judiciário se resumia a fazer valer exclusivamente a escolha do Legislativo inserida no texto legal. A subsunção é tida, nessa perspectiva, como o método judicial válido. Segundo ele, o juiz realizaria uma operação lógica de subsunção do fato (premissa menor) à norma jurídica (premissa maior) para atribuir a esse caso posto sob sua apreciação a consequência jurídica prevista pela norma.

A atividade do magistrado, nessa perspectiva, é unicamente lógico-dedutiva, pois sua conclusão (sentença) já estaria implícita em sua premissa (norma jurídica). O trabalho do juiz seria mera reconstrução do sentido do discurso do legislador inserido na norma no momento de sua criação. Para a doutrina clássica, nesse ponto, residiria a distinção entre Legislativo e Judiciário, pois o trabalho daquele – que tem como produto norma geral e abstrata – não seria

uma dedução lógica de premissas impostas, mas sim uma opção, uma escolha, uma eleição fundada em *valores*, e não em premissas objetivamente traçadas. O ordenamento jurídico era um dado entregue de maneira perfeita e acabada ao juiz. Ele não poderia acrescentar muito.

Podemos, portanto, resumir as características da jurisdição no Estado Legislativo da seguinte maneira: a) submissão à lei (juiz boca da lei); b) papel pouco relevante na separação dos poderes; c) neutralidade judicial; d) recurso a meios formalistas de integração, interpretação e aplicação do direito; e) processo inteiramente esquadrihado em lei; f) preponderância da ideia de composição de lides individuais; g) garantia de uma justiça universal e abstrata; e h) restrita intervenção na administração: controle de legalidade.

Percebe-se uma fácil adaptação do Judiciário hierárquico ao Estado Legislativo, o que se justifica por razões histórica e ideológica, pois deitam raízes no mesmo período de formação do Estado de Direito Francês de Napoleão.

3.2. O Estado Constitucional e sua jurisdição

Foi a neutralidade axiológica e o descompromisso ético os principais motivos que ocasionaram a derrocada do positivismo (ou, ao menos, a mitigação de sua aceitação universal para compreensão do fenômeno jurídico). Foi precisamente a violação sistemática aos direitos humanos sem a ruptura do Estado de Direito que deixou marca indelével no constitucionalismo ocidental. Nesse tocante, a experiência do nacional socialismo alemão foi marcante. Luiz Roberto Barroso destaca:

O positivismo pretendeu ser uma teoria do Direito, na qual o estudioso assumisse uma atitude cognoscitiva (de conhecimento), fundada em juízos de fato. Mas resultou sendo uma ideologia, movida por juízos de valor, por ter se tornado não apenas um modo de entender o Direito, como também de querer o Direito. O fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados. A ideia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positivação da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem.⁹

A Filosofia do Direito, ou melhor, o reingresso da Filosofia no Direito forneceu elementos para a superação do positivismo em sua formulação mais rígida, pois reinseriu a discussão moral no Direito, bem como ofereceu elementos para superação do legalismo, seja exegético, seja normativista. A concepção de que a norma jurídica seria capaz de condessar toda juridicidade, desligada da ética ou mesmo da política, não resistiu à evolução da sociedade e aos testes deontológicos da história. E a simples constatação dessa insuficiência jurídica, mediante o reconhecimento da textura aberta por Hart ou a figuração do quadro hermenêutico por Kelsen, ambos a serem complementados por elementos não jurídicos, não foi suficiente para assegurar um Direito Justo. Foi necessário reinserir a moral no

Direito, foi necessária a busca por uma dimensão axiológica que não se exaurisse na formulação do enunciado normativo.

Daí a necessidade de uma nova hermenêutica, e de uma nova compreensão do papel do intérprete. A hermenêutica deixou de ser metodológica (procedimento ou caminho para se chegar a algo pré-existente) para ser ontológica (técnica de construção de algo com elementos pré-estabelecidos, é certo, mas também, e, sobretudo, verificados no instante da aplicação).

A busca por uma ordem justa revigorou-se, inicialmente por mais uma fugaz retomada do jusnaturalismo. Contudo, não se quis abrir mão das conquistas positivistas que ensinaram a cientificidade do Direito e retornar a concepções abstratas, fluídas que não mais atendiam plenamente a exigência de racionalidade do conhecimento humano, do conhecimento jurídico. A superação do positivismo jurídico, entretanto, não impossibilitou se reconhecer o direito positivo como o modo de ser do Direito. Põe-se em evidência, então, a distinção entre Direito Positivo e Positivismo. Bem destaca Lenio Streck:

O positivismo traduz uma certa índole do pensamento jurídico, ou uma certa forma de considerar o Direito e a posição do jurista perante ele; enquanto que o Direito positivo tem a ver com o modo de existência do Direito, o qual nesse modo de existência pode ser ou não perspectivado positivisticamente. Por isso é que a aceitação ou não do positivismo jurídico é problema de gnosiologia e da metodologia jurídicas, e a consideração do Direito positivo é o problema jurídico da teoria do Direito, especialmente das fontes do Direito, ou é o problema jurídico da filosofia do Direito (o problema do ser do Direito).¹⁰

Durante esse período de intestinas modificações, a teoria constitucional não se manteve ileso. Superou-se a noção de documento meramente político, que continha programas, recomendações para o legislador e para o administrador. Passou ao *status* de norma fundamental dotada de plena força normativa, independentemente de mediação legislativa. Não mais realizava simplesmente a divisão de poderes, a organização do aparato estatal e estabelecimento das liberdades públicas, passou a ser responsável pela própria ordenação social, mediante estabelecimento de direitos sociais e de direitos fundamentais de terceira geração. E o mais importante: sobretudo em função do trabalho dos tribunais constitucionais, passou a Constituição, especialmente no ponto que versa sobre os direitos fundamentais, a ser tida como uma ordem objetiva de valores, que permeia, fundamenta e confere unidade axiológica a todo o sistema normativo. A busca pela justiça encontra fim nessa nova compreensão de Constituição, nessa ordem de valores na busca de reinserção da moral no Direito. E a jurisdição passa a ter destaque no fenômeno hermenêutico, pois é capaz de fazer valer suas escolhas interpretativas em processo dialético em que se cotejam teses e antíteses.

No constitucionalismo contemporâneo, não se olvidam as conquistas de cientificidade angariadas pelo positivismo (toma o Direito positivo como a forma

de manifestação do Direito), mas também não se reedita a neutralidade axiológica responsável por sua superação nem se aparta de maneira rígida Direito e moral. É reconhecida a importância da justiça e da moral dentro do próprio Direito, sem se recorrer às fórmulas metafísicas do Direito Natural. A ordem jurídica, conquanto ainda autorreferencial, admite agora uma abertura. O que era hermético e fechado, agora ganha uma válvula bidirecional entre Estado e sociedade.

As normas constitucionais não são mais escalonadas seguindo graus de efetividade e aplicabilidade, e mais: os princípios, antes relegados à categoria de fonte subsidiária do Direito, ganha inegável juridicidade e incomensurável relevância no sistema. Atualmente, não se nega que as normas vigentes em um determinado Estado são vinculantes e obrigatórias porque, em harmonia com a Constituição, instrumento político-jurídico que, por sua estrutura aberta, permite um “diálogo” com os valores humanos, com o senso de justiça que permeia a sociedade.

Esse novo constitucionalismo forçou que o Estado de Direito deixasse de ser Legislativo para ser Constitucional, sobretudo no pertinente à ideia de força normativa da Constituição que, na Europa continental, teve a especial consequência de, pela primeira vez, criar parâmetro de subordinação para o Legislativo. Nesse sentido, escreve Zagrebelsky:

Ai grandi e gravi problemi di cui tale mutamento è conseguenza e, a sua volta, causa, la risposta è ricchiusa nella formula dello “Stato costituzionale”. La novità che essa contiene è capitale e riguarda la posizione della legge. Questa, per la prima volta in epoca moderna, viene messa in rapporto di conformità e quindi subordinata a uno strato più alto de diritto, stabilito dalla Costituzione.¹¹

A Constituição passa a ser o centro de gravitação do sistema jurídico, condicionando e subordinando todas as normas e todos os Poderes estatais, encarregando-se de realizar a unidade axiológica perdida em função da evolução social e da incapacidade do Legislativo de dá conta da regulação de todos os novos desafios sociais surgidos. O direito legislativo se pulverizara em uma grande quantidade de normas setoriais e, cada vez mais particulares. Ao grande número de leis, somou-se a heterogeneidade dos referenciais axiológicos. O gradual incremento participativo das mais variadas camadas sociais nos Parlamentos arrefeceu seu perfil de coesão ideológica em torno da burguesia. Ao invés de garantir uma estabilidade, essa normatização tornou-se fonte de instabilidade.

Como resposta, a Constituição apresenta normas principiológicas abertas com prescrição finalística que servirá de orientação para disciplinamento das mais diversas situações da vida. Ademais, condiciona o labor legislativo, evitando contradições decorrentes da heterogeneidade de intenções e pressões sociais momentâneas. No Estado Constitucional, os três Poderes estatais se equiparam, pois todos estão igualmente comprometidos em fazer valer as disposições constitucionais.

A jurisdição no Estado Constitucional não mais pode ser encarada da mesma forma que era no Estado Legislativo, sobretudo por causa da superação

da hermenêutica clássica, ocasionando o fim da certeza jurídica no modelo de previsibilidade deduzida de premissas gerais e abstratas postas. Em outras palavras, a hermenêutica ontológica infirma a compreensão do ordenamento jurídico como um dado perfeito e acabado que o juiz receberia do legislador. O objeto de interpretação passa a ser outro, modificando, por via de consequência, a noção mesma de ordenamento jurídico, conforme expõe Eros Grau:

[...]um aspecto importantíssimo deve ser explicado, atinente ao equívoco reiteradamente consumado pelos que supõe que interpretam normas.

O que em verdade se interpreta são os textos normativos; da interpretação dos textos resultam as normas. Texto e norma não se identificam. A norma é a interpretação do texto normativo.

A interpretação é, portanto, atividade da interpretação, o ordenamento, no seu valor histórico-concreto, é um conjunto de interpretações, isto é um conjunto de normas.

O conjunto dos textos – disposições, enunciados – é apenas ordenamento em potência, um conjunto de possibilidades de interpretação, um conjunto de normas potenciais [Zagrebelsky].

O significado (isto é, a norma) é o resultado da tarefa interpretativa. Vale dizer: o significado da norma é produzido pelo intérprete. Por isso dizemos que as disposições, os enunciados, os textos, nada dizem; eles dizem o que os intérpretes dizem que eles dizem [Ruiz e Cárcova].¹²

Como o significado de um enunciado normativo (norma) se revela mais ricamente diante do caso concreto, o papel do juiz deixa de ser meramente passivo e passa a ser ativo e causa uma abertura do direito aos fatos concretos da vida social deduzida em juízo.

O bom juiz não é mais aquele que se isola do mundo ou se imagina em situações de distanciamento da realidade que o cerca para realizar um raciocínio jurídico puro, reto e abstrato a fim de alcançar a essência imutável e perene da prescrição jurídica. O bom juiz é aquele que entende o quadro geral de sua sociedade e como a específica lide se posiciona nele. É aquele que sabe identificar os valores constitucionais que concorrem no caso e como a sociedade os vivencia e pondera para, então, orientar a compreensão dos enunciados normativos que serão os critérios de sua decisão. Conforme expõe Zagrebelsky¹³, a jurisdição deve ser posta a serviço de dois padrões: a lei e a realidade. Somente por meio da mediação da tensão entre ambos, poderá o magistrado obter qualquer significado.

Segundo o mesmo autor, os casos concretos possuem uma exigência regulativa que pressionam o direito posto e a jurisdição:

Il diritto positivo presuppone, mas no può imporre una comprensione de senso. Che, per esempio, l'interruzione volontaria della gravidanza sua un omicidio o altra cosa è evidentemente l'antecedente de qualunque legisla-

zione sull'aborto mas nessun legislatore può pensare che la sua assunzione di senso è mutata a livello profondo, la pressione del caso, diversamente categorizzato rispetto al passato, ha diffusamente imposto la trasformazione delle regole giuridiche, attraverso uno sforzo di adeguamento tanto della giurisprudenza che della legislazione che della scienza del diritto, in numerosi Stati. E oggi, che questa categorizzazione tendo nuovamente a modificarsi, nuove trasformazioni in vista.

Tatno vale per dire, ancora un volta e da particolare punto di vista, che il diritto nom ha la forza de distaccarsi dall'ambiente culturale in cui è collocato e di ergersi come sistema normativo indipendente e autosufficiente. È una parte, per quanto importante, ma sempre una parte, mai il tutto.¹⁴

Este é um ponto importante: embora protagonista, o juiz do Estado Constitucional não pode ser voluntarista, não pode querer impor sua particular perspectiva deontológica e axiológica ao caso. Deve haver a compreensão de que ele se insere em um complexo social e jurídico em que ele deve, em verdade, ser um adequado tradutor para a lide em julgamento. Não pode romper todo esse tecido que interfere no círculo hermenêutico para impor uma concepção egocêntrica. O juiz não se não é mais a boca da lei, também não pode ser ator desprendido de todas as demais fontes de normatividade. O desafio imposto é bem realizar esse equilíbrio, daí o compromisso de integridade, no sentido de observância desses elementos, sem prejuízo de uma evolução.

Nesse contexto, o controle de constitucionalidade ganha nova feição. Poucos países do mundo, atualmente, desconhecem o poder de cortes ou juízes declararem inconstitucionalidade de leis e demais atos normativos. Houve não só uma expansão, mas um aperfeiçoamento tanto pelo incremento dos remédios processuais de controle quanto, principalmente, pela técnica de se averiguar e se declarar a constitucionalidade parcial ou total de um ato normativo. Além da incompatibilidade absoluta entre lei inferior e Constituição, o uso da nova hermenêutica permitiu uma recalibração do equilíbrio valorativo abstrato para, no caso concreto, sem infirmar a opção legislativa, a validade para futuros casos.

Assim, o juiz passou a ter, então, responsabilidades muito maiores, pois não poderá simplesmente se contentar com a solução prevista pelo direito legislativo, porquanto poderá, pela aplicação direta dos princípios constitucionais, construir a solução mais justa e adequada para o caso que julgada.

É possível sumariar as características da jurisdição no Estado Constitucional da seguinte forma: a) juiz compromissado com a realização dos preceitos constitucionais; b) controle amplo da constitucionalidade, com surgimento de instrumentos novos; c) papel ativo, mas não voluntarista, na criação do direito; d) utilização de novas técnicas hermenêuticas; e) dever de adequação do processo e procedimento para melhor garantir o resultado final; e f) realização de uma justiça concreta.

Naturalmente, essas mudanças profundas no constitucionalismo fizeram emergir o Estado Constitucional, que ocasionou uma crise, sobretudo quando

exercida por Judiciário hierarquizado, cuja estrutura mais bem se adequa às demandas do Estado Legislativo, como visto.

No mesmo sentido, a formação dos juristas em geral e o modo de seleção dos juízes em particular não acompanharam essa nova compreensão do Direito e do Estado. Nos bancos universitários, os estudantes são treinados em conceitos jurídicos gerais e absolutos, com realização de avaliações que prestigiam a memorização e não a problematização e a construção de respostas específicas com desenvolvimento de raciocínio adequado. Nas provas de seleção de magistrados, à repetição desse padrão da universidade, soma-se o caráter eliminatório das perguntas, forçando para a aprovação o isolamento do candidato por anos para se dedicar exclusivamente aos livros, mantendo-se alheio à sociedade. Mesmo o uso de precedentes jurisprudenciais é feito mediante a descontextualização dos mesmos e citação apenas de ementas com a mesma pretensão de universalidade das leis sob a concepção positivista.

Portanto, na medida em que impõe uma nova jurisdição, o Estado Constitucional causa uma crise desta dada a incompatibilidade estrutural do Judiciário, ainda que não total, e a falta de uma formação adequada de seus atores. Houve a mudança do referencial teórico, mas o Judiciário e os juízes precisam acompanhar essa mudança.

A análise da jurisdição no Brasil, a partir das perspectivas aqui expostas, bem demonstra essa crise.

4 JURISDIÇÃO NO BRASIL: ENTRE A HIERARQUIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO ESTADO E DO DIREITO

As observações gerais acima feitas em relação ao Judiciário hierarquizado são válidas para o Judiciário brasileiro que, indiscutivelmente, adotou essa forma de estruturação, como é facilmente perceptível pela leitura do Texto Constitucional.

Temos juízes profissionais e de carreira que decidem tecnicamente sob um rígido controle hierárquico facilitado pela grande quantidade de recursos que permitem a ascensão das causas. Essa formação profissional fez que, ao longo da história, o juiz brasileiro se afastasse da sociedade, sendo visto como um órgão fechado, corporativo e comprometido com os “Donos do Poder”, na feliz expressão de Raymundo Faoro para designar o patronato brasileiro que historicamente domina o cenário político estatal do país.¹⁵

O modo de decidir é fortemente padronizado, tanto pelos fundamentos normativos quanto pelo referencial axiológico utilizado, mas, também, pelo expurgo de singularidades reais para fazer enquadrar a lide a prévio modelo legal ou jurisprudencial em pleno prejuízo para a realização da justiça concreta prestigiada pelo Estado Constitucional.

Há, porém, quem defenda, no Brasil, entendimento diferente. Para Cândido Rangel Dinamarco, a evolução e adequação da Constituição e da legislação

inferior, ou seja, a interação e mútua interferência com a sociedade é permitida precisamente pelo repetido labor pretoriano em um mesmo sentido. Escreve o professor da Universidade de São Paulo:

As mutações constitucionais e legais decorrentes da repetição de julgados e da 'força da jurisprudência' constituem, na verdade, imposições do próprio sentimento nacional e não do Estado mesmo, supostamente agindo através do juiz nessa função.¹⁶

Nossa discordância do posicionamento do renomado autor ocorre também por considerarmos que não é mediante a repetição e padronização de uma maneira de julgar que se irá conectar os enunciados normativos e a sociedade. Ao contrário, somente o juiz verificando as nuances de cada caso é que será possível se tomar o sentido pleno do enunciado a ser aplicado, abrindo espaço para considerações quanto ao ambiente social em que está inserido.

A facilitação de ascensão das causas também prejudica a realização de julgamento mais adequado à lide, pois, como visto, o que as instâncias superiores conhecem é apenas aquilo que foi deduzido a termo nos autos. Ocorre que, nessa tarefa, há uma defasagem na retratação dos elementos tratados: nem todos os contornos dos atos e das realidades descritas podem ser proficuamente traduzidos em palavras escritas. Mesmo que isso não represente maiores perdas com relação à fase postulatória do feito em primeiro grau, a perda de informações no referente às provas tomadas em audiência é enorme. A postura da testemunha, a segurança em suas respostas, enfim, tudo aquilo que compõe uma comunicação não verbal que o magistrado presente pode captar não será remetido aos graus superiores, em razão da dificuldade de se reproduzir por escrito tais impressões.

A natural pressão que existe do ápice sobre a base em um Judiciário hierárquico é potencializado pelo modo de se aplicar os precedentes no Brasil e, sobretudo, pela criação da súmula vinculante, que é mais bem classificada como um ato normativo e não um precedente jurisprudencial, conforme defende José de Albuquerque Rocha.¹⁷

A vinculação ao precedente em um Judiciário paritário se justifica porque sua estruturação possibilita uma miríade de decisões e dificulta a formação de uma memória institucional, daí porque as poucas causas que ascenderem para os tribunais superiores devem ser observados por garantirem um mínimo de ordenação e coerência. Entretanto, quando essa vinculação é exigida em um Judiciário hierarquizado, a natural opressão do ápice sobre a base institucional se potencializa enormemente.

O mal uso do precedente no Brasil é denunciado por Mauricio Ramires¹⁸. Como muito bem destaca o autor, é cada vez mais comum encontrar decisões cujo único fundamento seja a citação de ementas plenamente desprendidas do contexto e mesmo do texto completo do *decisum*, muitas vezes, dando o mesmo tratamento a situações diametralmente opostas ou distintas. No mesmo sentido, decide-se arbitrariamente citando um precedente de tribunal superior, mesmo

havendo outros da mesma corte em sentido oposto, sem qualquer justificativo do porquê da escolha de um em detrimento do outro.

Também é apontado como inadequado uso de precedente a mudança de orientação do juiz pelo simples fato de ter havido oscilação nos tribunais, sem que ele próprio faça uma reflexão ou mesmo um arrazoado dos motivos de sua própria mudança.

Afirma o mesmo autor haver a utilização de uma jurisprudência dos conceitos “à brasileira”, pois, em vez de permitir uma abertura do Direito aos fatos, ocasiona uma cisão entre eles:

O que mais das vezes ocorre é a pretensa “separação cirúrgica” entre o fato e o direito, com o esquecimento ou o encobrimento da realidade, quando se insiste em trabalhar apenas com os institutos Standards jurídicos como se fossem as categorias abstratas da matemática. Por isso, outra grande conseqüência da má compreensão da teoria dos precedentes no Brasil é a repristinação involuntária e inconsciente da jurisprudência dos conceitos (Begriffsjurisprudenz), escola de positivismo normativista fundada por Georg Fredrich Puchta nos anos 1830, que preconizava que a atividade judicial criasse conceitos gerais através do obscurecimento dos dados singulares de cada problema concreto até chegar, por abstração, a um conceito universal e apto a compreender todas as situações individuais que lhes deram origem.¹⁹

Mesmo em questões históricas e cruciais, os magistrados brasileiros se alheiam dos fatos e do contexto social acreditando que, assim, estão melhor exercendo sua função jurisdicional. É possível exemplificar essa postura com o voto do Ministro Paulo Brossard no julgamento da importante ADI n. 534/DF sobre o plano Collor ao expor:

Por entender que se trata de uma questão que não poderá deixar de ser mencionada na história deste STF, refleti serenamente sobre o caso, como se estivesse longe dos homens e fora do tempo, como se estivesse a contemplar o mar imenso, em eterno movimento, e as montanhas coroadas de neve eternas em sua imobilidade milenar, e conclui que entre o discurso econômico, de duvidosa correção, e o discurso jurídico claramente enunciado na Constituição, não havia o que hesitar.

Com se percebe, em vez de buscar compreender a realidade brasileira naquele instante de grande instabilidade econômica, os anseios e valores dos brasileiros em torno da questão posta pelo primeiro presidente eleito após o regime militar, preferiu o julgador pensar em montanhas, neves e no mar.

E mais.

José Albuquerque Rocha²⁰ aponta outra característica da ordem brasileira que oprime o julgador de primeiro grau para fazê-lo amoldar-se aos entendimentos superiores: o controle que o mesmo tribunal faz tanto das decisões quanto da

carreira do juiz, constringendo aqueles magistrados que queiram ter mais independência em suas decisões por temerem retaliações na progressão profissional.

Como não poderia ser diferente, tem-se uma crise da jurisdição, sobretudo por está a passar por um momento de transição entre o Estado Legislativo e o Estado Constitucional, mas também por outros fatores.

José Renato Nalini²¹ aponta um rol de razões da crise do Judiciário que seriam estruturais (em razão da maneira de se administrarem os órgãos), conjunturais (falta de profundo planejamento institucional de longo prazo), processuais (prestígio a vários formalismos) e culturais (distanciamento entre juízes e população).

Entretanto, o Estado Constitucional e o constitucionalismo contemporâneo estão a se firmar no Brasil. Mesmo não tendo sido tarefa da jurisdição, como nos países europeus, a doutrina se encarregou de modificar o referencial teórico que deve considerar o juiz ao julgar. Paulatinamente, verifica-se na jurisdição a incorporação dessa nova pauta institucional

No Brasil, a Constituição de 1988 é a principal responsável pelas inovações no Direito Constitucional, já que permitiu, sob sua égide, o mais longo período democrático de nosso país, no qual o próprio estudo do Direito foi revigorado nas faculdades, com o aumento da concorrência por vagas nas universidades públicas e a proliferação de cursos jurídicos no âmbito privado. Com esses novos ares, o ambiente jurídico deixou de ser aquele reacionário e conservador reinante durante os vinte e quatro anos de regime militar, passando a ser o campo natural para surgimento de contestações sociais e resistências a atitudes tendentes ao autoritarismo.

O debate constitucional ganhou ampla repercussão e passou a ser assunto corriqueiro nos mais diversos âmbitos sociais. Mesmo em período em que teve seu texto mais intensamente alterado por inúmeras emendas, não foram poucos os defensores de sua base axiológica, sendo essa reação, sem dúvidas, a responsável por sua manutenção, arrefecendo a avidez daqueles que, vez por outra, pretendem a convocação de uma nova assembléia constituinte.

A doutrina nacional rompeu com os velhos paradigmas, avançando no aprofundamento de uma teoria da Constituição que a torna vinculante e efetiva. O reconhecimento de sua relevância passou a permear todos os ramos da ciência jurídica, sendo pouco comum encontrarmos algum expoente de uma área jurídica que não dê à sua matéria uma abordagem iniciada da Constituição, evidenciando a superação da velha dicotomia entre direito público e direito privado.

Não se pode olvidar, entretanto, um problema que acomete o Direito Constitucional do Brasil e dos outros países periféricos, sobretudo da América Latina, consistente do costume de simplesmente importar para sua realidade disposições e ideias de outras constituições, ignorando, na maioria das vezes, que foram formuladas e delineadas levando em consideração um particular contexto social e histórico e específicas características de cada país, de cada ordenamento.

Será necessário o incremento de mecanismos para conformar as estruturais resistências de um Judiciário hierarquizado às exigências jurisdicionais do Estado Constitucional. É exemplo disso a repercussão geral para conhecimento de Recurso Extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal, pois guarda coerência com a divisão de tarefa dentro da pirâmide judiciário (ao ápice o geral, à base o particular). Entretanto, será a mudança de postura das partes e, especialmente, do magistrado que permitirá essa convergência, tudo como decorrência de uma mudança no ensino jurídico e no modo de formar e selecionar os juízes.

5 CONCLUSÃO

A atividade jurisdicional é fortemente influenciada pelo modo de se estruturar o órgão responsável por seu exercício e pelo novo Estado Constitucional. Há uma tensão entre ambas as influências quando se tem um Judiciário rigidamente hierarquizado em um Estado Constitucional, pois aquele é mais adaptado a uma jurisdição do Estado Legislativo.

Contudo, essa tensão não se traduz numa incompatibilidade absoluta, demandando, porém, alteração de postura e de conceitos, além de reformas em pontos que ocasionem uma pressão dos órgãos superiores sobre os inferiores e que forcem a desconsideração das peculiaridades do caso concreto para adequar a soluções abstratas prévias.

Os pontos para mudança seriam: a) combate à concentração no tribunal do controle da carreira e das decisões dos juízes inferiores; b) desenvolvimento de uma teoria do precedente adequada ao constitucionalismo contemporâneo e que não simplesmente mimetize os aportes do *Common Law* que possui razões e funções distintas; c) critérios mais rígidos para ascensão das causas aos tribunais superiores; d) formação dos bacharéis e, em especial, dos magistrados com maior atenção à análise de casos e desenvolvimento de soluções adequadas a suas peculiaridades, sem recursos a repetição de fórmulas generalizadoras.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luiz Roberto. **A Nova Interpretação Constitucional**: ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito** (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil).

BONAVIDES, Paulo. **Do País Constitucional ao País Neocolonial**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. “Constituzionalismo Moderno e Ruolo Del Potere Giudiziario nelle Società Contemporanee”, **Revista de Processo**, n. 68.

DAMAŠKA, Mirjan R. ***I volti della giustizia e del potere: Analisi comparatistica del processo***. Società editrice il Mulino: Milano, 2000.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do Direito**. 5. ed. Coimbra: Armênio Amador Editor, [s.d.].

DINAMARCO, Cândido. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

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

GOYARD-FABRE, Simone. In: BERLINER, Cláudia (Trad.). **Os Fundamentos da Ordem Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

NALINE, José Renato. **A rebelião da Toga**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2008.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RAMIRES, Mauricio. **Crítica a aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ROCHA, José de Albuquerque Rocha. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **Súmula vinculante e democracia**. São Paulo: Atlas, 2009.

SCHWABE, Jürgen. In: MARTINS, Leonardo (Org). HENNING, Beatriz et al (Trad.). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Montevideo: Fundação Konrad – Adenauer – Stiftung, 2005.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il diritto mite**. Torino: Giulio Einaudi Editore, 1992.

1 DAMAŠKA, Mirjan R. *I volti della giustizia e del potere: Analisi comparatistica del processo*. Società editrice il Mulino: Milano, 2000, p. 49.

2 Ibid., p. 53-54.

3 Ibid., p. 62.

4 ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Torino: Giulio Einaudi Editore, 1992.

5 DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. 5. ed. Coimbra: Armênio Amador Editor, p. 98.

6 ZAGREBELSKY, op. cit., p.24

7 MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 13-20.

8 ROCHA, José de Albuquerque Rocha. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

- 9 BARROSO, Luiz Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 26.
- 10 STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 29.
- 11 Op. cit., p. 39.
- 12 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 17.
- 13 Op. cit., p. 181.
- 14 Op. cit., p. 190.
- 15 FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.
- 16 DINAMARCO, Cândido. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed.. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 48.
- 17 ROCHA, José de Albuquerque. *Súmula vinculante e democracia*. São Paulo: Atlas, 2009.
- 18 RAMIRES, Maurício. *Crítica a aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- 19 Op. cit., p. 47.
- 20 ROCHA, 1995, op. cit.
- 21 NALINE, José Renato. *A rebelião da toga*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2008, p. 10-20.

MATERIAL AND STRUCTURAL INFLUENCES OVER BRAZILIAN CONSTITUCIONAL JURISPRUDENCE

ABSTRACT

The Brazilian constitutional jurisdiction is shaped by hierarchical and pyramidal structure of the judiciary (formal/structural aspect) and by the theoretical concepts that made emerge the Constitutional State (material aspect). These influences disrupted the traditional model, for the hierarchical judicial structure was designed according to the needs of operating the jurisdiction of a typical legislative State. This article seeks to bring out these elements of influence and exposes its consequences and tensions on Brazilian jurisdictional activity.

Keywords: Constitutional Jurisdiction. Judiciary hierarchical. Constitutional State.

Submetido: 03 abr. 2015

Aprovado: 15 ago. 2015