

O JUIZ E O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO: (ALGUNS) ATRIBUTOS PARA O EXERCÍCIO DAS JURISDIÇÕES ORDINÁRIA E CONSTITUCIONAL

Fernando Luís Lopes Dantas^(*)

Sumário: Introdução. 1. O Poder Judiciário e seu papel no Estado Constitucional Brasileiro. 2. O Juiz e a Democracia. 3. O Juiz e a Jurisdição Ordinária (“em Geral”). 4. A Jurisdição Constitucional. Conclusão

Resumo: Com o advento da promulgação da Constituição de 1988, as funções do Judiciário foram ampliadas para muito além do exercício da jurisdição ordinária, passando esse Poder a ter participação ativa na concretização das normas constitucionais, função que exige dos juízes atributos que excedem o conhecimento técnico-jurídico. Qualidades em outros campos de saber, notadamente de outras ciências humanas, passam a ser atributos indispensáveis ao bom exercício da judicatura, além do domínio de novos recursos de interpretação e aplicação do Direito. Este artigo se destina a analisar esse tema a partir de alguns recortes, a saber: o diálogo do juiz com os valores democráticos e o exercício das jurisdições ordinária e constitucional.

Palavras-Chave: constitucionalismo contemporâneo; papel do Judiciário; atributos do juiz.

^(*) Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Juiz Eleitoral do Tribunal de Regional Eleitoral de Sergipe. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Professor da Pós-Graduação da Universidade Tiradentes (UNIT). Ex-Professor da Faculdade de Direito Pio X.

INTRODUÇÃO



farta a produção científica que se dedica a delinear qual seria o perfil do juiz afinado com as atuais demandas da sociedade. As transformações constitucionais, já operadas no plano normativo, mas ainda em curso no mundo fático, impulsionam as discussões a respeito do tema, que hoje, mais que em qualquer outra época, enseja meditações acerca dos predicados que deve o juiz reunir para o bom exercício de suas atribuições.

Esse contexto sugere prontamente um questionamento: pode-se falar em um perfil ideal para o juiz contemporâneo? A objetividade recomendada pela dimensão do presente trabalho impossibilita maiores divagações, impondo-se desde logo afirmar não ser adequado se ponderar acerca de “um perfil de juiz”, principalmente em um trabalho que, pela limitada extensão, não poderia identificar todos os traços característicos da personalidade desse profissional. Além disso, há de se considerar também o fato de que a diversidade e o pensamento plural são qualidades essenciais da magistratura, como instituição que deve espelhar os valores de uma sociedade igualmente plural e diversificada.

Assim, a reflexão sobre essa problemática será aqui conduzida afastando-se do conceito de “perfil”, palavra que remete à noção contorno bem definido. Destina-se o presente artigo, de outro modo, a perquirir quais seriam os (ou alguns) atributos desejáveis ao juiz cuja atuação seja compatível com modelo de Poder Judiciário desenhado pela Constituição Federal de 1988.

A análise aqui proposta, por conseguinte, irá se iniciar pela identificação do papel do próprio Poder Judiciário no atual momento constitucional brasileiro, abordando aspectos que têm grande relevância para o tema, tais como a democratização do acesso à justiça, a constitucionalização do direito e a judicialização das relações sociais. Por conta disso, a primeira parte

desse trabalho se dedicará a esses assuntos, verificando em que termos a atuação do Judiciário se encontra definida pelo texto constitucional.

Num segundo momento, alguns aspectos da atividade jurisdicional serão abordados dentro do recorte temático acima indicado. É nessa parte do trabalho, que compreende as sessões de “2” a “4”, que se refletirá mais detidamente acerca dos atributos desejáveis ao juiz contemporâneo, de modo que possa ele corresponder às expectativas da Constituição e da sociedade.

Antes de se adentrar na discussão do tema propriamente dito, uma advertência é necessária. O exercício da jurisdição reclama muitos outros atributos que, pela limitação de espaço e também por insuficiência de predicados do autor, não foram trabalhados neste artigo. Por esse motivo, as ponderações aqui formuladas não têm, nem de longe, a pretensão de completude, ou mesmo de correção, representando apenas uma singela contribuição para o debate do tema.

1. O PODER JUDICIÁRIO E SEU PAPEL NO ESTADO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

A Constituição Federal de 1988 deu especial incremento ao processo de redemocratização do País, após longos anos imersos em uma ditadura militar em que sequer - quiçá sobretudo - as liberdades públicas eram asseguradas de forma efetiva pelo Estado. A partir da promulgação da “Constituição Cidadã”¹, reestruturaram-se formalmente as instituições democráti-

¹ A expressão consagrada pelo então Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, Deputado Ulysses Guimarães, bem indica o compromisso do texto constitucional com a afirmação do Estado como sendo Democrático de Direito. Para Aristóteles o traço característico da cidadania seria “(...) a participação no judiciário e na autoridade, isto é, nos cargos públicos e na administração política em geral.” (Política, Livro III, 3, p. 232). Essa concepção encontra correspondência com o texto constitucional, que logo em seu primeiro artigo afirma ser o povo o titular de “todo o poder”, bem como indica a forma como este será exercido. A expressão tem relação também com o fato de o texto constitucional ter outorgado ao Estado a obrigação de

cas, notadamente os Poderes constituídos, estes que antes tiveram suas atribuições desfiguradas por força de atos de exceção². A propósito, Legislativo e Judiciário tiveram subtraída parcela significativa e essencial de suas competências constitucionais, padecendo seus membros de tosa imoderada quanto às prerrogativas institucionais dos respectivos cargos. O Poder Executivo Federal, por sua vez, foi posto numa posição de proeminência injustificada, submetendo ao arbítrio institucionalizado a sociedade e os demais órgãos estatais, “liberado” que estava de qualquer controle que pudesse ser realizado pelos demais Poderes, ao menos no que se refere às suas decisões políticas.

Em 05/10/1988 foi restaurada, assim, a independência entre dos Poderes, que desde então têm suas relações pautadas pelo primado do equilíbrio harmônico³.

Além de organizar o Estado de modo a conformá-lo aos preceitos do constitucionalismo entendido em sua acepção clássica⁴, no sentido de dispor sobre a estrutura essencial dos

assegurar ao povo condições de existência digna, trazendo extenso rol de direitos individuais e sociais (SARLET, 2012, p. 63-78).

² Era expressão padrão no corpo dos Atos Institucionais (AIs) a afirmação de que ficavam excluídos “da apreciação judicial atos praticados de acordo com suas normas e Atos Complementares decorrentes.”

³ A independência harmônica não quer indicar a idéia de inexistência de tensões episódicas entre os Poderes, o que representa a lógica plural da Democracia, afinada com o princípio republicano. O registro cabe em razão das atuais discussões acerca dos limites de atuação do Supremo Tribunal Federal e do Congresso Nacional, notadamente na Ação Penal (AP) 470 (caso do “Mensalão”), em que se cogitou a eventual intenção do então Presidente da Câmara de negar cumprimento à decisão que imputou aos réus a perda do mandato, bem como na liminar deferida no Mandado de Segurança n.º 32.033 DF, em que se questiona o projeto em deliberação no Congresso Nacional com relação à criação de novos Partidos - PLC 14/2013. Cite-se, ainda, as discussões relativas à PEC 33/2011, que estabelece novos regramentos para o exercício do controle de constitucionalidade pelo STF, condicionando a eficácia de decisões daquela Corte à deliberação do Congresso ou à consulta popular.

⁴ Segundo Barroso, “Constitucionalismo significa, em essência, limitação de poder e supremacia da lei (Estado de direito, *rule of the law*, *Rechtssat*)” (2012, p. 27). Ao se referir ao Constitucionalismo moderno, Canotilho (2003, p. 51) apresenta definição

órgãos do Estado e a forma como desenvolvem suas funções, bem como de condicionar a maneira como estes se relacionam entre si e com os cidadãos, a Constituição Federal foi muito mais além. Considerado como analítico, o texto constitucional apresentou extenso rol de direitos e garantias fundamentais, enumerando-os (de forma não exaustiva, resalte-se) logo nos seus artigos iniciais, inovando em relação à topografia adotada nas Constituições anteriores⁵. Ao assim proceder, o Poder Constituinte⁶ ratificou o compromisso já anunciado no Preâmbulo da Constituição, no sentido de que o “Estado Democrático” então constituído se destinaria a “(...) assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos (...)”.

O texto constitucional, assim, reaproximou o Estado da experiência democrática, bem como firmou o inequívoco compromisso de dar plena efetividade aos direitos e garantias fundamentais, estes que tiveram seu significado ampliado para muito além da concepção liberal de direitos individuais indisponíveis e liberdades públicas.

Para consecução dos fins do Estado, foi ele estruturado pela Constituição em Poderes que desempenham, em regra, funções típicas que correspondem à clássica concepção de Montesquieu, mas agora sob o viés do ideal de cooperação,

que contém os mesmos elementos essenciais indicados por Barroso, a saber: a organização do Estado e a limitação de seus poderes.

⁵ Nas constituições anteriores à CF/1998, as disposições relativas aos direitos individuais somente constavam depois de todas as que tratavam da organização do Estado e da disciplina dos direitos políticos.

⁶ O “poder constituinte” é aqui mencionado na acepção descrita pelo ilustre Magistrado e Professor Ingo Wolfgang Sarlet (2013, p. 119), como aquele manifestado pelo povo, por meio de seus representantes, reunido em Assembléia Constituinte. É ele, pois, distinto do poder reformador e do poder constituinte dos Estados-membros, que são exercidos na forma de emendas e da elaboração das constituições estaduais, respectivamente. Cf: (Moreira, 2012, p. 30). Destarte, desnecessário e redundante a utilização do predicativo “originário” ao se referir ao Poder Constituinte.

ficando superado o pretérito conceito de “separação”. Ao presente trabalho, entretanto, importa limitar a abordagem ao papel que incumbe ao Poder Judiciário, de modo a verificar quais seriam os atributos que devem estar reunidos em juiz com aptidão suficiente a corresponder às aspirações esculpidas no texto da Lei Maior.

Nesse contexto de comprometimento com valores consagrados na CF/1988, notadamente a democracia e a garantia dos direitos fundamentais, o Poder Judiciário teve restauradas e ampliadas as suas atribuições por força e vontade expressa do Poder Constituinte. Antes da promulgação da CF/1988, ao Poder Judiciário incumbia quase que tão-somente o exercício da jurisdição ordinária⁷ (ou geral, na concepção de KELSEN, 1931, p. 262), destinada a solucionar os conflitos que lhe são submetidos à apreciação. Para tanto, recorrem os Juízes ao direito posto, e não pressuposto, bem como à utilização dos recursos tradicionais de hermenêutica, que se prestam a identificar, diante da situação que é apresentada e limitada em determinada demanda, o direito que deve ser aplicado ao caso concreto. Diz o Estado-juiz, assim, qual a regra abstrata deve determinar a resolução da *causa patendi* imediata, tarefa cuja consecução se dá pela utilização o método subsuntivo (BARROSO, 2012, p. 331).

O atual modelo constitucional manteve, por óbvio, essa atribuição do Poder Judiciário, muito embora ela se exerça agora com uma nova roupagem. Ostentando a Constituição Federal a posição de primazia do sistema normativo, presta-se ela de fundamento de validade de todo o direito infraconstitucional, que tem sua legitimidade condicionada à aferição de conformidade com o texto constitucional. Mais que isso, as normas

⁷ Afirmação tem supedâneo no fato de que, embora não extinta a Jurisdição Constitucional na fase que precedeu à reconstitucionalização do País, tinha ela atuação bastante limitada e discreta, sobretudo pelo fato de haver expressa vedação de fiscalização constitucional sobre certos atos do Estado, notadamente os AIs e suas normas complementares.

constitucionais passam também a informar a aplicação de todo o direito “ordinário,”⁸ de modo que a invocação de leis infraconstitucionais como fundamento para decisões deve também ser feita com o fim maximizar os valores consagrados no texto da Constituição Federal. É o que Canotilho chama, conforme referencia de Barroso (2005, p. 27), de filtragem constitucional.

Mas não somente é isso que compete ao Judiciário. Ao lado (ou além) dessa função, a Constituição de 1988 também outorgou ao Judiciário o mister de exercer o que a doutrina convencionou chamar de Jurisdição (ou Justiça) Constitucional. Partindo da premissa de que a Constituição ostenta uma posição de superioridade em relação aos demais diplomas legais existentes em um ordenamento jurídico (KELSEN, 2009, p. 247), aos órgãos jurisdicionais do Poder Judiciário é determinado realizar a fiscalização de conformidade dos atos estatais com o texto constitucional.

E antes de prosseguir com o desenvolvimento do tema, cabe de logo ressaltar que não se está aqui a afirmar que o exercício da interpretação constitucional seria atividade exclusiva do Judiciário. Longe disso, admite-se como fato incontroverso que, para desenvolver suas funções, devem o Legislativo e o Executivo promover a interpretação das normas constitucionais, zelando pela sua observância⁹ quando da expedição de atos próprios de suas competências constitucionais. Aliás, todos os que se submetem à Constituição, ao menos em certa medida, são também seus interpretes, consoante afirma Barroso

⁸ A expressão aqui equivale, na lição de Canotilho, ao direito infraconstitucional (2003, p. 1.149).

⁹ Para tanto dispõe Poder Executivo da faculdade de vetar projetos de leis inconstitucionais, nos termos do que dispõe o art. 66, §1.º, da CF/1988. Também para o fim promover o controle de constitucionalidade de normas, ambas as casas legislativas do Congresso Nacional dispõem de Comissões de Constituição e Justiça. Ademais, pode o Senado, ainda, promover suspensão, “(...) no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”, consoante faculdade que lhe outorga o art. 52, X, da CF/1988, embora essa atribuição do Senado esteja sendo objeto debate no âmbito do STF (Recl. 4335).

(2012, p. 333), apoiado nas lições de Peter Häberle.

Nada obstante, é certo afirmar que a Constituição Federal, ao dizer, em seu artigo 102, que cabe ao Supremo Tribunal Federal (STF), “(...) precipuamente, a guarda da Constituição”, terminou por colocá-lo, quanto a esse aspecto, em um plano mais elevado que os demais órgãos estatais, já que seus pronunciamentos são “(...) a última e decisiva palavra em matéria constitucional.” (MOREIRA, 2012, p. 18). Essa decisão, quanto à primazia da fiscalização constitucional pela Suprema Corte, não se deu em decorrência de afirmação advinda do próprio Poder Judiciário, mas por vontade do povo investido *no* e titular *do* poder constituinte (DALLARI, 2007, p. 91).

No âmbito do Poder Judiciário, a atribuição de zelar pela observância do texto constitucional também não é exercida com exclusividade pela Corte Suprema. O sistema de fiscalização constitucional adotado pela Lei Maior combina regras de controle concentrado e abstrato, com de controle difuso e concreto, este que autoriza todos os juízes e tribunais a negar a aplicação de ato normativo reputado em desacordo com a Constituição Federal.

O modelo constitucional brasileiro, no entanto, impulsiona a jurisdição constitucional para muito além do controle de constitucionalidade concebido por Kelsen, no qual incumbe ao tribunal constitucional¹⁰ funcionar como mero “legislador negativo” (1928, p. 150-154), negando retirando do ordenamento jurídico as normas infraconstitucionais incompatíveis com o texto constitucional. A partir da compreensão e aceitação do caráter normativo da Constituição (CANOTILHO, 2003, p. 1.226; BONAVIDES, 2012, p. 244), que deixa de ser conside-

¹⁰ Na concepção de Kelsen, caberia a um tribunal constitucional o controle de constitucionalidade destinado a eliminar do ordenamento jurídico leis ou atos normativos contrários à constituição (KELSEN, 1928, p. 152), embora também os juízes em geral (tratados neste artigo como “jurisdição ordinária”) tivessem competência para, nos casos concretos, negar aplicação de normas inconstitucionais (KELSEN, 1931, p. 263).

rada apenas como documento político, e assume definitiva e irrevogavelmente a condição de “lei ou conjunto de leis” (BONAVIDES, 2012, p. 245) com densidade suficiente a dispensar complemento para serem materializadas, impõe-se ao Judiciário o mister de funcionar também como concretizador dos preceitos constitucionais.

O Poder Judiciário, assim, assume importante papel de co-responsável pela garantia de pleno gozo dos direitos fundamentais, do que se conclui que sua função muito se alargou e avançou para bem além da tarefa de interpretar normas e indicar seu conteúdo, ou de simplesmente eliminar atos inconstitucionais editados pelo Estado.

Essa “nova” atribuição do Poder Judiciário, no momento posterior à reconstitucionalização do País, assume contornos significativos, notadamente em razão do fato de o texto da Constituição ter se espreado para muito além do campo daqueles de natureza individual, no que se refere à declaração de direitos e garantias. Nesse mister, além de outorgar o caráter de fundamentalidade aos direitos sociais (SARLET, 2012, p. 74), optou o Constituinte por apontar as diretrizes de todo o ordenamento jurídico, de modo que todo o Direito “Ordinário” foi significativamente influenciado pelo conteúdo da CF/1988, o que consubstancia o fenômeno que a doutrina denominou de *constitucionalização do direito*.

Segundo Barroso, a constitucionalização do direito “(...) está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico” (2005, p. 6). Por conseguinte, o fenômeno não se limita à idéia de o texto da Lei Maior contemplar a regulação de assuntos que não tenham materialmente a natureza de normas constitucionais. Se assim fosse, a constitucionalização do direito seria fenômeno cuja aplicação caberia com exclusividade aos Poderes Constituinte¹¹

¹¹ Acerca da expressão Poder Constituinte sem o predicativo “ordinário”, ver expli-

ou reformador, na medida em que somente por eles é possível se introduzir formalmente qualquer conteúdo no texto constitucional. A constitucionalização do direito quer dizer, sim, que todo o ordenamento jurídico deve ser interpretado e aplicado com observância dos valores esculpidos na Constituição, do que decorre a lógica conclusão de que esse fenômeno alcança todos Poderes constituídos, assim como os particulares em suas relações.

Desse contexto de transformações constitucionais, aliadas ao mandamento contido no artigo 5.º, XXXV da Constituição Federal¹², decorre a inequívoca conclusão de que o Judiciário é, no presente, invocado pela sociedade a atuar mais do que já verificado em todos os momentos precedentes. Ao ensejo do tema, é oportuno registrar a análise feita por Luís Roberto Barroso:

A ascensão do Poder Judiciário se deve, em primeiro lugar, à reconstitucionalização do país: recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. Uma segunda foi o aumento da demanda por justiça na sociedade brasileira. De fato, sob a Constituição de 1988, houve uma revitalização da cidadania e uma maior consciência das pessoas em relação à proteção de seus interesses. Além disso, o texto constitucional criou novos direitos e novas ações, bem como ampliou as hipóteses de legitimação extraordinária e de tutela coletiva. (BARROSO, 2009, p. 373)

Não somente o elenco de atribuições do Poder Judiciário foi significativamente incrementado pelas normas constitucionais, mas também a forma de atuação foi por estas condicionada. O Poder Judiciário, como função estatal que é, subordina-se ao princípio da eficiência (art. 37, *caput*, da CF/1988). Mais especificamente relacionado à função jurisdicional tem aplica-

ção já constante na nota “6”.

¹² “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

ção o princípio da razoável duração do processo, constitucionalizado de forma expressa pela inclusão do inciso LXXVIII no art. 5.º da CF/1988, promovida pela EC n.º 45/2004, por meio do qual se impõem ao Judiciário desenvolver suas atividades de modo a entregar à sociedade, no menor espaço de tempo possível, uma prestação jurisdicional tecnicamente acertada.

Sintetizando tudo quanto foi apresentado até o momento, ao Poder Judiciário são atribuídas as funções de exercer, de forma eficiente e célere, as jurisdições ordinária e constitucional, sempre observando os preceitos estatuídos na Constituição Federal e em todo o ordenamento jurídico vigente.

Assim, definido em contornos singelos o papel do Poder Judiciário, sobretudo a partir das transformações decorrentes da promulgação da CF/1988, é oportuno agora refletir a respeito de alguns dos atributos que devem estar reunidos em um magistrado, para que possa exercer a jurisdição de forma condizendo com os atuais valores constitucionais.

2. O JUIZ E A DEMOCRACIA

A expressão democracia não tem significado unívoco (POSNER, 2010, p. 101). Sua pronúncia remete a idéias como participação do povo no poder, universalidade de acesso à Justiça¹³, liberdade de expressão e da imprensa¹⁴, igualdade, além de muitos outros que, ao ensejo do tema, não convém aqui referenciar. A convivência dos juízes com esses conceitos, entretanto, ainda não pode ser considerada como tranqüila e perene, fato que talvez se verifique não por vontade consciente e deliberada dos magistrados, ao menos como regra, mas por questões relativas à cultura organizacional e até mesmo pelo desconhecimento de como desenvolver a jurisdição de forma demo-

¹³ SANTOS, Boaventura de Sousa, p. 8.

¹⁴ ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 30-4-2009, Plenário, DJE de 6-11-2009.

crática.

Os juízes, como expressa a Constituição em seu artigo 92, são “*órgãos do Poder Judiciário*”. A exegese literal desse dispositivo constitucional pode conduzir (e corriqueiramente conduz) à equivocada impressão de que, após a investidura no cargo, os magistrados se assenhoram dos poderes a eles outorgados e, por conta disso, devem contas apenas às suas consciências. Ledo engano! Ao constituir um poder, atribuindo determinada função a um órgão estatal, o povo, como titular de “*todo o poder*”¹⁵, em momento algum renuncia qualquer parcela de sua potencialidade. A única porção de poder que o juiz detém originariamente é aquela que, enquanto cidadão integrante do povo, delega (mas não aliena!) aos Poderes constituídos. São os juízes, assim, simples mandatários do povo, representantes destes e investidos nesta condição pela forma constitucionalmente estabelecida¹⁶, de modo que ao povo, a todo tempo, devem satisfações.

A consciência de que integra também o povo deve conduzir o juiz à necessidade de conhecer seus pares, de permitir, sempre que possível, a participação deles na construção das decisões, notadamente em questões que digam respeito ao exercício da jurisdição constitucional. Se diferente fizer o juiz, como poderá ele dar cumprimento à orientação contida no art. 5.º da Lei n.º 4.657 (Introdução às normas de direito brasileiro), no sentido de que “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins

¹⁵ Constituição Federal, artigo 1.º, parágrafo único.

¹⁶ Acerca da legitimidade dos juízes, oportuno referenciar a lição de Dalmo de Abreu Dallari: “Por todos esses motivos, bem como pelos resultados colhidos da experiência, não há dúvidas de que, na sociedade moderna, o melhor modo de seleção de juízes é o concurso público, aberto, em igualdade de condições, a todos os candidatos que preenchem certos requisitos fixados em lei, excluída qualquer espécie de privilégio e discriminação. Desde que a Constituição preveja esse modo de escolha e uma vez que os juízes, regularmente selecionados, atuem nos limites de sua competência legal, não há como pôr em dúvida sua legitimidade. Esta decorre da Constituição e não é menor do que a resultante do processo eleitoral.” (DALLARI, 2007, pp. 26-27, GRIFOS NOSSOS).

sociais a que se dirige e às exigências do bem comum”? Como saberá quais os fins sociais da norma e o que pode ser considerado bem comum? Certamente não encontrará as respostas a estes questionamentos enclausurado em um gabinete, sem conhecimento *da* e contato *com* a realidade que o cerca.

Entretanto, há quem advogue que, deixando o juiz de manter uma distância formal da sociedade, correrá o risco de comprometer sua imparcialidade ou, ainda, poderá fragilizar o mito de sua autoridade. Pensar assim não é de todo desarrasoado, já que uma postura mais aberta e acessível do magistrado poderá ser mal interpretada por alguns membros da sociedade, ou até mesmo por integrantes do próprio Poder Judiciário. Esses riscos, todavia, são aceitáveis, e, se considerarmos a causa da justiça como um empreendimento, certamente valerá a pena corrê-los, ainda que alguns poucos desvios venham a se verificar. Pior que isso será aceitar o comprometimento da consciência de todos os juízes, ao impor a estes o dogma do isolacionismo.

Inaceitável nos dias de hoje a idéia contida no velho jargão que afirma que “*o que não está nos autos não está no mundo*”. Fechar os olhos para o mundo, como faz a deusa Themis, é conduta que não se deseja ao juiz cujos atributos foram desenhados pela Constituição de 1988. Ao contrário, é indispensável a ele que conheça a sociedade na qual exerce a jurisdição, bem como que tenha consciência dos reflexos sociais e políticos de suas decisões, pois é essa consciência que revela a dimensão da responsabilidade da função por ele exercida.

As afirmações contidas neste tópico podem parecer pacíficas no âmbito do Poder Judiciário, quicá incontestadas, pois na quase a totalidade dos discursos de ingresso nos quadros da magistratura ou, ainda, de posse das mesas diretoras de todos os órgãos colegiados do Poder Judiciário, desde a mais singela turma recursal até o Supremo Tribunal Federal, são ressaltados

os valores democráticos esculpidos na Constituição Federal, bem assim proclamada a necessidade de o juiz voltar seus olhos à sociedade.

O problema que se apresenta, entretanto, é a distância (longa, muito longa...) que se coloca entre o discurso e a prática no exercício jurisdicional. É certo que há certo mérito nos discursos, uma vez que irradiam valores e aspirações, além de criar o compromisso (ao menos moral) na efetivação das idéias anunciadas. No entanto, é imperioso que as virtudes indicadas no plano das idéias se afinem com as ações concretas, de modo que possam os juízes se legitimar como agentes políticos do Estado.

3. O JUIZ E A JURISDIÇÃO ORDINÁRIA (“EM GERAL”)

O desenvolvimento deste tópico enseja, antes de tudo, a delimitação da expressão “jurisdição ordinária”, que será aqui tratada, nos termos da definição apresentada por Kelsen (1931, p. 262), como a jurisdição “em geral”, ou seja, aquela distinta (mas não contraposta) da jurisdição constitucional.

Impõe-se pontuar, ainda, que essa distinção, também empregada, dentre muitos, pelo Ministro Luiz Fux (2012, p. 2), não importa reconhecer que as jurisdições ordinária e constitucional sejam componentes de sistemas distintos, ou mesmo que essa diferenciação diga respeito à natureza de ambas. Distinguem-se, é fato, quanto ao plano imediato de fundamentação, já que no âmbito da jurisdição ordinária, as decisões proferidas se lastreiam nas normas infraconstitucionais, que se situam no ordenamento jurídico em plano inferior à Constituição. Diferente disso, a jurisdição constitucional se exerce mediante utilização do próprio texto da lei Maior como fundamento para suas decisões, dispensando o complemento de normas de hierarquia inferior.

A distinção também tem pertinência quanto aos recursos

hermenêuticos e de aplicação do direito. A propósito, na jurisdição ordinária os métodos tradicionais de interpretação (literal, sistemático, teleológico, etc) se mostram, via de regra, suficientes para evidenciar o conteúdo normativo dos enunciados das leis. A partir dessa atividade cognitiva, aplica-se o direito apenas por meio do mecanismo de subsunção do fato à norma. Já na jurisdição constitucional, de que se cuidará mais detidamente na sessão “4” deste artigo, os instrumentos acima mencionados não se mostram sempre eficazes.

A despeito dessas peculiaridades, há de se reconhecer que a dicotomia entre as jurisdições ordinária e constitucional somente subsiste integralmente para fins didáticos, pois possuem elas a mesma natureza, sendo ambas manifestações do Poder Judiciário exaradas nas hipóteses e de acordo com as regras de competência estabelecidas na Constituição Federal. A unidade ontológica da jurisdição se evidencia mais ainda a partir do advento da promulgação da CF/1988, quando o texto constitucional, com relação à jurisdição ordinária, passa a dizer mais do que “quando” devem os juízes atuar, dispondo também acerca de “como” o exercício da jurisdição deve se desenvolver.

Recorrendo-se mais uma vez à lição de Barroso(2005, p. 8), verifica-se que o centro do sistema jurídico foi deslocado do “velho Código Civil” para a Constituição Federal, que assume o papel de informadora de todo o ordenamento jurídico. Destarte, não somente a validade das normas infraconstitucionais fica condicionada à conformidade com texto constitucional, mas também a aplicação do direito “ordinário” deve ser feita levando-se em consideração os valores ali consagrados. Esse exercício de aferição de validade das normas infraconstitucionais, bem como a aplicação dessas em consonância com os preceitos constitucionais, materializa-se por meio do instrumento da “filtragem constitucional”, que se destina, de acordo com Schier, apoiado nas lições de Canotilho, a “purificar” todo

o ordenamento jurídico infraconstitucional, reconhecendo a invalidade de normas que sejam incompatíveis com a Constituição, bem como a “contaminá-lo” a partir dos valores esculpidos no texto da Lei Maior.

Vê-se, pois, que não há como se colocar em planos distintos a jurisdicional ordinária e a jurisdição constitucional, uma vez que essas são desenvolvidas em constante interação, podendo mesmo se falar em imbricação, já que por vezes chegam a se sobrepor. Assim, mesmo quando se tratar de jurisdição ordinária, requer-se dos juízes o conhecimento do sistema normativo constitucional, bem como dos recursos hermenêuticos e de aplicação das normas dessa natureza.

Além disso, o Juiz, para bem desempenhar sua função, deve possuir conhecimento em diversos campos do saber. Não lhe sendo dado escolher sobre o que deva decidir, é certo que o juiz será provocado a se pronunciar sobre as mais diversas matérias, o que lhe exigirá uma ampla e consistente¹⁷ formação interdisciplinar.

E cabe aqui uma ressalva. Ao se falar de formação interdisciplinar, não se faz referência apenas ao conhecimento dos diversos campos de estudo da ciência do Direito. É certo, que a qualificação técnico-jurídica diversificada é necessária e desejável ao magistrado, mas não é ela suficiente. Do juiz se espera que domine o Direito, mas também que seja inteirado de todos os campos do conhecimento sobre os quais seja chamado a decidir. Por essa razão esse conhecimento interdisciplinar não deve se limitar apenas ao acadêmico, ou seja, aquele que é objeto formal e delimitado de determinado campo da ciência.

A propósito do que acima se mencionou, é bastante co-

¹⁷ Preferiu-se o adjetivo “consistente” em lugar do “sólido”, este que havia sido utilizado na primeira versão deste texto. A razão dessa alteração foi a percepção de que a “solidez” contém em sua essência o sentido daquilo que é rígido, cuja evolução e adaptação não sejam ocorrências naturais. A consistência, por sua vez, tem sua definição relacionada à noção de firmeza, de segurança, de qualidade quanto aos fundamentos, mas sem se opor à idéia de flexibilidade.

num se falar que o juiz deve ter formação humanista, o que se repete tal como um mantra ao se debater temas afetos à qualificação de magistrados. Ressalta-se, a todo o tempo, a necessidade de que os cursos nessa área contemplem disciplinas como filosofia, antropologia, sociologia, psicologia, hermenêutica e argumentação, dentre outras tantas. Sem dúvida que o conteúdo dessas ciências é imprescindível à formação do magistrado, sobretudo por considerar que elas foram e ainda são negligenciadas na formação jurídica acadêmica que se oferta nos cursos de Direito.

Mas não é só isso que se deve compreender por humanismo. O juiz deve conhecer mais do que ciências. Deve se inteirar da cultura do povo e de seus costumes quando for demandado a decidir, por exemplo, se um crime foi praticado por “motivo de relevante valor social ou moral”. É, pois, o conhecimento das coisas do cotidiano, não ensinadas em escolas, que legitima a intervenção do Juiz nas relações sociais. O juiz que se pauta por essas premissas não se pode considerar um intruso, mas um par a quem a organização do Estado outorgou a função de contribuir para a solução dos conflitos sociais.

Não se prega, aqui, que a aplicação do direito seja vulgarizada, ou que o conhecimento científico deva ser desprestigiado no exercício da jurisdição. Longe disso! Afirma-se, sim, que o juiz, além do texto da lei, deve também conhecer o contexto no qual o Direito deve ser aplicado, de modo que suas decisões possam ser recebidas legitimamente pelos seus destinatários.

A tudo quanto se falou neste trabalho deve se acrescentar mais uma característica indispensável ao juiz contemporâneo: a disposição para se transformar constantemente, adaptando seu conhecimento de modo que seja ele adequado e útil ao exercício da jurisdição numa sociedade de relações eminentemente cambiantes.

4. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Estão na ordem do dia assuntos que dizem respeito ao exercício da Jurisdição Constitucional. Temas afetos ao constitucionalismo contemporâneo, tais como constitucionalização dos ramos do direito, das relações políticas, concretização das normas constitucionais, “ativismo judicial”, despertam grande interesse da comunidade jurídica e acadêmica, tanto que sobre eles é abundante a produção de doutrina, que se apresenta sob as mais diversas formas. Além disso, quase que diariamente os noticiários veiculam matérias que dão conta de questões relativas a tensões entre os poderes constituídos, mais especificamente entre os Poderes Judiciário e Legislativo, as quais são comumente qualificadas como disputas pelo espaço político (não partidário, ressalte-se), em decorrência de decisões tomadas quando do exercício da Jurisdição Constitucional.

Queira-se ou não aceitá-lo, e até que seja alterado (“ou não”, como diria o filho de Dona Canô), o modelo de divisão de funções adotado pelo Poder Constituinte outorgou ao Judiciário a incumbência de promover a fiscalização constitucional, afirmando ser o Supremo Tribunal Federal guardião da Constituição. Além disso, distribuiu competência a todos os demais juízes para, de forma difusa¹⁸, também promoverem o controle de constitucionalidade de normas. Assim, ao se pronunciar sobre as questões que lhe são submetidas mediante a provocação daqueles que possuem legítimo interesse, cumpre o Poder Judiciário apenas o seu papel constitucional de solucionar os conflitos sociais.

Fora os casos expressamente estabelecidos na Constituição Federal, e observando-se os estritos consignados em seu texto, não há matéria que possa ser excluída da apreciação do

¹⁸ Quanto à forma aqui apontada, diz ela respeito ao controle de constitucionalidade de lei e atos normativos em face da Constituição Federal. A ressalva é necessária, pois, quando se trata de questionamentos feitos em relação às constituições estaduais e à Lei Orgânica do Distrito Federal, têm os tribunais de justiça competência para promover o controle de constitucionalidade também de forma concentrada.

Poder Judiciário, ficando a atuação de seus órgãos limitada tão-somente pelos pedidos veiculados nas ações propostas, bem como, por óbvio, pelos condicionantes impostos também na CF/1988.

Essa atividade, entretanto, não é tarefa simples, pois exige maior domínio de métodos hermenêuticos que não correspondem somente àqueles utilizados no cotidiano da jurisdição ordinária. No mais das vezes as normas constitucionais não se consubstanciam em regras expressas, mas em princípios, muitos até implícitos, cujos conteúdos não são revelados pelos métodos tradicionais de interpretação. Por isso fala-se em uma nova hermenêutica constitucional (BONAVIDES, 2012, p. 503-527; JACINTHO, 2009, p. 224-227), a qual se destina a permitir que se extraia das normas contidas na Constituição conteúdo material com densidade suficiente para permitir sua aplicação, tudo sob um viés de concretização.

Além do domínio de técnicas de cognição das normas constitucionais, os juízes devem possuir a qualificação que lhes permita construir um argumento aplicável a cada situação concreta, notadamente quanto se tem por fundamento para decisão um princípio, e não uma regra. Julgar com fundamento em princípios exige método que, a partir da identificação do conteúdo da norma (discurso de fundamentação), conduza à construção racional de um argumento jurídico passível de aplicação (ALEXY, 2011, p. 39; CARDOSO, 2009, p. 151-191). Ter o magistrado conhecimento desses conceitos de hermenêutica e argumentação, notadamente da necessidade de observação de um método racional, é medida imperiosa, uma vez que hoje é bastante comum a afirmação de que determinadas decisões se destinam a concretizar normas constitucionais.

Esse intento é louvável e desejado, sobretudo ao se considerar o fato de que o Poder Judiciário, quanto a este aspecto, somente é demandado quando verificados desvios e/ou omissões dos Poderes Executivo e/ou Legislativo. Todavia, para que

possam dar cumprimento ao comando constitucional de exercer o *judicial review*, devem os magistrados ter o domínio das técnicas necessárias para tanto, sob pena de suas ações se converterem em atos de arbítrio, o que poderia causar prejuízo maior que a convivência com os atos normativos impugnados, ou mesmo com eventual inadimplemento de algum compromisso constitucional.

Além disso, a jurisdição constitucional somente é legítima quando exercida no momento adequado, e desde que observados os limites constitucionalmente estabelecidos. Há de se ter sempre a consciência de que a Constituição Federal, ao tempo que outorga fundamento para a decisão, estabelece condicionantes à atuação do juiz (KELSEN, 1931, p. 153). Extrapolar esses limites é falta grave e que representa violação direta da Constituição, pois importa ofensa ao princípio da independência harmônica entre os poderes (SARLET, 2009, p. 274).

Destarte, quanto ao exercício da jurisdição constitucional, o que se espera dos juízes, em primeiro lugar, é que tenham a consciência de que sua competência decorre de vontade expressa e inderrogável do Poder Constituinte, que é fundamento legitimador e determinante dessa função. Requer-se, ainda, que detenham a qualificação intelectual necessária para conhecer o conteúdo das normas constitucionais e, a partir delas, construir suas decisões de modo a materializar os preceitos da Lei Maior. Por fim, mas não por ser de menor importância, aspira a sociedade que os juízes possuam o preparo ético para exercer essa importante atribuição, sem se desviar das orientações que a balizam, nem para fazer mais, nem para fazer menos do que prescreve a Constituição.

CONCLUSÃO

O que foi até então aduzido permite fazer algumas constatações.

A primeira delas refere-se ao fato de que a figura do juiz que apenas pronuncia as palavras da lei, como afirmou Montesquieu e sustentou a teoria fonográfica¹⁹, não mais tem lugar no modelo constitucional brasileiro, tendo sido definitivamente sepultada em 5 de outubro de 1988. Restabelecidas as garantias institucionais do Poder Judiciário, foi-lhe atribuída participação ativa nas decisões políticas do Estado, do que resultou a necessidade de seus membros pautarem sua atuação e construírem suas decisões com a observância dos preceitos constitucionais, que passaram a informar bem de perto todo o ordenamento jurídico.

Essa ampliação de competências, se por um lado importou o fortalecimento do Judiciário, reafirmado novamente como Poder, por outro outorgou aos juízes maiores responsabilidades. Agora têm eles de saber de tudo um pouco, desde as ciências humanas até os conhecimentos mais coloquiais, o que se mostra imprescindível à legitimação das decisões que venham a proferir.

O exercício da jurisdição, nas duas feições que foram apresentadas, também passou a exigir muito mais que o conhecimento do conteúdo de leis. Devem os juízes saber bem o que fazer com esse conhecimento, a partir do domínio de novos recursos hermenêuticos e de aplicação do Direito, uma vez que mecanismos de atuação de outrora se mostram hoje insuficientes.

Além de tudo, o atual modelo constitucional requer dos juízes um preparo ético que lhe permita atuar em conformidade com os valores constitucionais, funcionando como garantidores das promessas veiculadas pelo Estado em sua Lei Fundamental. Sensibilidade, discernimento e senso de responsabilidade passam, assim, a ser atributos indispensáveis ao magistrado. O

¹⁹ De acordo com Neumann, a teoria fonográfica corresponderia à “teoria ortodoxa de Montesquieu”, em que caberia ao juiz apenas a realização de atos de conhecimento, aplicando o método de subsunção lógica, sem qualquer possibilidade de criação do direito. (NEUMANN, 2013, p. 375).

juiz contemporâneo, assim, deve conjugar de forma equilibrada esses atributos, de modo que, conforme preciosa lição do Professor Carlos Ayres de Britto, não se torne um agente autônomo, que substitui pelos seus os valores e prescrições do ordenamento jurídico, nem tampouco um ser autômato, que apenas reproduz o direito posto sem qualquer atividade de contextualização ou criação do direito, mesmo quando autorizado e reclamado pelo ordenamento constitucional a fazê-lo.

Esses são apenas alguns dos atributos que a Constituição reclama dos juízes, que não são dotados das qualidades de Hércules, como bem registrou por Dworkin, mas que têm a incumbência de exercer uma função estatal que, no constitucionalismo contemporâneo, assume inequivocamente dimensões olímpicas.



REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2011.
- ARISTÓTELES. *Política*. Coleção “Os pensadores”. São Paulo: Nova Cultural, 1999.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional do Brasil*. ano 2005. Disponível em: <
<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp->

- con-
tent/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constituci
onalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acessado em: 13 maio
2013.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 27. ed.
São Paulo: Malheiros, 2012.
- _____. *Teoria Geral do Estado*. 9. ed. São Paulo: Malheiros,
2012.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da
Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARDOSO, Henrique Ribeiro. *Proporcionalidade e argumen-
tação: a Teoria de Robert Alexy e seus pressupostos filo-
sóficos*. São Paulo: Juruá, 2009.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos po-
vos: da Idade Média ao Século XXI*. São Paulo. Saraiva,
2010.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3. ed. São
Paulo: Saraiva, 2007.
- DWORKIN, Ronald. *Levando Direitos a sério*. 3. ed. São Pau-
lo: Martins Fontes, 2010.
- FUX, Luiz. *Jurisdição constitucional aplicada*. In: FUX, Luiz
(Coord.). *Jurisdição, constitucional: democracia e direi-
tos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 9-46.
Disponível em:
<<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/48261>>.
Acesso em: 8 ago. 2012.
- JACINTHO, Jussara Maria Moreno. *Dignidade Humana -
Princípio constitucional*. Paraná: Juruá, 2009.
- KELSEN, Hans. *A Jurisdição Constitucional*. Ano 1928. In:
Jurisdição Constitucional. 3. ed. São Paulo: Martins Fon-
tes, 2013.
- _____. *Quem deve ser o guardião da constituição? Ano
1930-31*. In: *Jurisdição Constitucional*. 3. ed. São Paulo:
Martins Fontes, 2013.

- _____. *Teoria Pura do Direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- MAUS, Ingerborg. *O judiciário como superego da sociedade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.
- MEDONÇA JÚNIOR, Delosmar. *Princípio constitucional da duração razoável do processo*. In: LEITE, George Salomão (Coord). *Dos princípios constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. 2. ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Método, 2008, p. 307-326.
- MIRANDA, JORGE. *Teoria do Estado e da Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Teoria da reforma constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- NEUMANN, Franz. *O Império do Direito: Teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.
- POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- SANTOS, Boaventura de S. (Diretor Científico); GOMES, Conceição (Coordenadora); SANTOS, Elida; HENRIQUES, Maria. *Propostas de projectos para o Observatório da Justiça Brasileira*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais - Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2009. Disponível em: <http://opj.ces.uc.pt/pdf/Rel_OPJBrasil_produtofinal.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- _____. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: RT, 2013.

-
- _____. *Os Direitos Fundamentais sociais: algumas notas sobre seu conteúdo, eficácia e efetividade nos vinte anos da Constituição Federal Brasileira*. p. 251-283. In: AGRA, Walber de Moura. (Coord.) *Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal*. Saraiva: São Paulo, 2009.
- TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do Judicialismo Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.