Estado e Direito: Tendências para o Século XXI

Caetano Ernesto da Fonseca Costa
Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA)

Resumo

Este artigo propõe-se a analisar o papel do juiz no Século XXI e, em especial, seus novos desafios advindos da judicialização da política, fenômeno que transfere para o Poder Judiciário as macro decisões fundamentais do Estado brasileiro. Na esteira do pensamento contemporâneo pós-positivista, demonstra-se a necessidade de aproximação dos juízes e tribunais com a política, notadamente o Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição. Em tempos de neoconstitucionalismo, a reaproximação entre a ética e o direito é o novo imperativo do direito constitucional, logo, não há mais espaço para o isolamento autopoiético do magistrado em relação à sociedade, muito ao contrário, o poder judiciário deve estar aberto a outros fluxos epistemológicos advindos da filosofia, da geopolítica, da ciência política e outras. Destarte, urge readaptar os tribunais aos novos tempos e reorientar os magistrados ao estudo interdisciplinar, abandonando-se a figura do juiz-máquina e sua aplicação mecânica da lei, pela do juiz-cidadão e sua aplicação axiológica da lei.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo. Pós-positivismo. Reaproximação entre Ética e Direito. Perfil do Magistrado no Século XXI. Saber Multidisciplinar do Magistrado.

Abstract

This article proposes a conceptual investigation of the judge´s role in an era of post-positivism, specially the challenges coming from the judiciality of politics, all in order to transfer the greatest political decisions of the nation for the Supreme Court. In an era of post-positivism, the judges need to approach politics, namely the Supreme Court acting as Constitution´s protector. Nowadays, the reaproximation between law and moral is the main imperative of the constitutional interpretation, then, there's no room for isolation of the judges in relation to society. On the other hand, justice

must be open to others epistemological fluxes, such as political science, geopolitics, economy etc. Finally, it urges to create some news standards to guide the interpreter for using the rationality of judicial decisions made through an axiological process.

Keywords: Neoconstitutionalism. Post-positivism. Reaproximation between Moral and Law. Judge´s Profile in the 21st Century . Magistrate Multidisciplinary Knowledge.

I - INTRODUÇÃO

Nesse novo milênio vem, com certeza, exercendo o Judiciário preponderante papel na escolha dos destinos políticos da nação. Esse mesmo Judiciário, que, ao longo do tempo, sempre se mostrou estável e previsível, agora se vê desafiado a ocupar espaços antes por ele desconhecidos.

Lacunas, eventualmente deixadas pelo Legislativo e Executivo, fazem atualmente parte da rotina dos magistrados, que não têm mais como efetivar o direito com os instrumentos de outrora, ou seja, mais na qualidade de meros observadores do que propriamente agentes interventores e comprometidos com o futuro do país.

Aquela posição tradicional do juiz, distante da sociedade e do seu jurisdicionado, passa a dar lugar a um novo magistrado, cujo maior desafio é o de atuar de maneira pró-ativa**,** sem perder a sua esperada e necessária imparcialidade. Outros tempos, conceitos **redefinidos**, diversas fronteiras, intensa globalização, estes são, dentre muitos, os maiores desafios a exigir do juiz, comprometido com a sua profissão, uma nova e diferente postura.

Exige-se agora do operador do direito que, além de pró-ativo, detenha, a par do conhecimento técnico, também uma sabedoria multidisciplinar, conhecedor do que acontece à sua volta e no mundo que o cerca. Nesse sentido, as demandas de um Poder Judiciário altamente comprometido com os destinos políticos da nação imprimem uma nova dimensão nas relações entre o Estado e o direito. Com efeito, o juiz desse milênio torna-se um seguidor de princípios, cujo objetivo maior é a busca do caminho da ética a partir de interpretação elástica do texto normativo. Supera-se, portanto, a simples aplicação mecânica da lei e o conceito da mera formação técnico-jurídica do magistrado tradicional. Com isso, promove-se a proximidade do juiz com o seu jurisdicionado.

Destarte, é o perfil desse novo julgador que se procura definir ao longo deste artigo, tema de vital relevância dentro da perspectiva neoconstitucionalista atual, onde, repita-se, cada vez mais, cresce o seu papel na formação do futuro político do país.

II - A INFLUÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Essa participação inicia-se pela nossa mais alta Corte de Justiça, o E. Supremo Tribunal Federal (STF), a quem cabe a tarefa principal de ditar a eficácia e a aplicação dos principais textos legais editados no Parlamento a respeito dos mais variados conteúdos, envolvendo, via de regra, intrincadas e relevantes discussões sobre temas sociais e econômicos.

Como é do conhecimento geral é o próprio texto constitucional que fixa a competência do nosso Supremo Tribunal Federal para processar e julgar as ações diretas de inconstitucionalidade e as ações declaratórias de constitucionalidade de leis ou atos normativos federais, além de decidir litígios entre Estado estrangeiro com a União, Estados, Distrito Federal e Territórios. Soma-se a isso a competência do STF para julgar as medidas cautelares das ações diretas de inconstitucionalidade, bem como a validade de lei ou ato de governo local, quando contestado em face da Constituição.

Enfim, como guardião da nossa Carta Política, cabe a Suprema Corte a tarefa de interpretar o texto constitucional, dizendo do alcance e da efetividade de todo o sistema jurídico da nação. Essas decisões têm efeito vinculativo, a luz do que preceitua o artigo 102, inciso III, § 2º da própria Constituição Federal, *verbis*:

> *As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais Órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.*

É, portanto, do Supremo Tribunal Federal a tarefa de definir os princípios norteadores da função de legislar, porque do contrário, violado o texto constitucional, a norma legal perderá toda sua eficácia em território nacional.

É, justamente, por isso que estão no palco do Supremo Tribunal Federal as discussões da maior relevância, a exemplo do que acontece com a fixação dos limites das terras indígenas, assim como com a possibilidade do estudo das chamadas células tronco.

Outros Tribunais Superiores também têm a responsabilidade de deliberar sobre os destinos políticos do nosso Brasil, como foi recentemente o caso do E. Tribunal Superior Eleitoral, que mobilizou a nação em torno da celeuma criada sobre a possibilidade da candidatura a cargos eletivos daqueles que se acham respondendo a procedimentos criminais.

Não se deve esquecer que, na mesma linha de influência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal Eleitoral, há os Tribunais locais, que são competentes para declarar a inconstitucionalidade de leis Estaduais ou Municipais, nos termos estabelecidos pelo artigo 97 da Constituição Federal.

Enfim, há todo um sistema constitucional a moldar a participação do Poder Judiciário na vida política da nação brasileira, que não pode mais deixar de ser considerado. É a figura do juiz interferindo na vida política do país, quando evidentemente o exige a lei ou a situação em concreto. É o fenômeno da judicialização da política, tema candente do constitucionalismo contemporâneo. Mas se o Judiciário interfere cada vez mais no futuro da nação, que Poder é esse ainda tão desconhecido da população brasileira? Que perfil teria ou deveria ter o juiz, integrante desse atual Poder da República? A essas duas indagações ousa-se responder no correr desse trabalho.

III - O NOSSO JUDICIÁRIO

Na conhecida tripartição das funções estatais caberia ao Parlamento a responsabilidade de legislar, enquanto ao Executivo a de administrar, e ao Judiciário a de resolver conflitos específicos de interesse entre os jurisdicionados. A vida prática, contudo, com o correr dos anos sepultou essa proposta, evidenciando que essas três distintas atividades são de fato muito mais complexas do que de início se imaginava.

Novos tempos, novos desafios, e o juiz a cada dia é chamado a atuar de forma menos convencional e ortodoxa. O saber tradicional e jurídico já não lhe é suficiente para resolver os desafios que normalmente se apresentam no processo.

O texto legal passou a ser mera resposta conjuntural a problemas casuísticos e localizados. A casa do Parlamento vem sendo ocupada por representantes nem sempre comprometidos com o bem comum, mas, sim, por pessoas vinculadas a interesses específicos.

O Executivo, inobstante as já reiteradas e conhecidas promessas de campanha, não resolve e nem melhora os problemas que afligem o cidadão comum, ou seja, as questões relativas à **segurança**, à **saúde e** à **educação.**

O descrédito da população aumenta na mesma proporção da falta de confiabilidade nas Instituições, de maneira que sobra para o cidadão, como derradeiro recurso, quando já esgotadas sem sucesso todas as outras alternativas, a opção de bater nas portas do Judiciário para que este lhe garanta, por vezes, até sua própria sobrevivência.

Não é exagero dizer que os juízes, dia-a-dia, deferem dezenas e dezenas de liminares, conferindo o acesso à população menos favorecida a medicamentos

necessários a sua própria sobrevivência, quando o que se esperava do Poder Público seria o pronto atendimento de uma demanda tão necessitada.

É nessa lacuna, no espaço vazio deixado pelo Legislativo e pelo Executivo, que começou a brotar a semente desse recente Poder Judiciário, que não se nega a assumir sua imensa responsabilidade, mesmo que em terreno alheio (esfera de discricionariedade do legislador democrático) e, desde que, evidentemente, amparado por princípios éticos da Constituição da República.

Um Judiciário que exige a presença de um novo juiz, não mais um frio e distante aplicador do texto legal, mas um agente consciente das modificações que precisa introduzir nos destinos do país. Um magistrado administrador de situações conflituais, seguidor de princípios éticos, conhecedor da realidade social que o cerca e, acima de tudo, sabedor das necessidades e dos limites do seu jurisdicionado.

Com habitual propriedade quem o diz é o Professor Guilherme Sandoval Góes, em artigo, recentemente publicado na obra *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*, organizada pelo Professor Luís Roberto Barroso, sem favor algum um dos mais capacitados e preparados constitucionalistas contemporâneos, o seguinte:

> *O direito constitucional contemporâneo vem passando por momentos de transformações paradigmáticas, devido especialmente ao declínio do positivismo jurídico e de seu discurso axiomático-dedutivo do Direito. A cada dia que passa novos elementos hermenêuticos são incorporados à interpretação constitucional hodierna, na busca de seu desiderato maior de reaproximar o Direito da Ética. No neoconstitucionalismo, a efetividade dos princípios constitucionais vem sendo consolidada mediante harmonizações entre o texto da lei e o sentimento constitucional da distribuição de justiça. É nesse diapasão que desponta a relevância da construção científica de novas fórmulas dogmáticas e, em especial, o reconhecimento da dimensão retórica das decisões judiciais como fator integrante da normatividade do Direito*[1].

Dentro desse paradigma é que nasce a necessidade do juiz interpretar o texto legal de forma elástica, sempre no caminho da ética e do bem comum. Com isso, a efetiva participação do Poder Judiciário no cenário político brasileiro demanda um novo papel do magistrado como intérprete e aplicador da norma legal, uma mentalidade diferente, voltada para a solução de grandes causas nacionais, *e.g.*, demarcação das terras indígenas, pesquisa de células tronco, nepotismo no serviço público, candidatura dos que respondem a procedimento criminal (TSE).

Com efeito, o Poder Judiciário foi desenhado inicialmente para funcionar em ambiente estável e previsível e, nesses tempos de mudança, é chamado

[1] GÓES, Guilherme Sandoval. "Neoconstitucionalismo e dogmática pós-positivista". In: A reconstrução democrática do direito público no Brasil. Organizador Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 113.

a solucionar conflitos para os quais se acha despreparado. É tempo de se atualizar em consonância com a situação do mundo globalizado, na medida em que a complexidade social impede o consenso sobre temas diversos. Além disso, para a grande maioria dos parlamentares, as questões que efetivamente afligem a sociedade não se mostram pertinentes. Nesse sentido, gritante é a omissão do legislativo, mais preocupado com interesses outros que nada têm a ver com a representatividade que lhes foi outorgada pelo povo brasileiro. Há, portanto, um enorme espaço normativo a ser preenchido pela criação jurisprudencial do direito. É, justamente, nesse terreno que o Judiciário começa a atuar; não mais aquele antigo e engessado, porém, um livre de amarras, longe do conceito de mero aplicador do texto legal e da norma posta.

O Judiciário do atual milênio já não pode se mostrar distante e inerte, mas, sim, positivo, preocupado e vinculado aos destinos da nação. Deixa o juiz de ser mero observador dos acontecimentos e passa a integrar as grandes mudanças, assumindo outras responsabilidades relacionadas aos fenômenos da politização da justiça e da jurisdicionalização da política.

As leis, cada vez mais, são construídas e apoiadas em princípios abertos e sabe o legislador que não tem como prever solução para as diversas modalidades de conflito. São sinais dos novos tempos, da era do neoconstitucionalismo e da dogmática pós-positivista. Dentro dessa realidade, a figura do juiz do Século XXI interpreta a norma em busca da justa solução para o caso concreto. No dizer da eminente Desembargadora Cristina Gaulia:

> *Ninguém questiona que o juiz deve respeitar a lei, mas dela não pode se tornar refém, pois os princípios que informam a interpretação de qualquer texto legal são os que garantem os direitos fundamentais.*
> *Por certo não se quer um juiz robô, substituível por um moderno programa de informática, mas um juiz sensível à necessidade de um "background" cultural suficientemente denso que lhe permita uma visão realista das vidas, policromáticas e esgarçadas pela ausência do estado, dos membros da sociedade que integra*[2].

IV - O JUIZ DO NOVO MILÊNIO

Já se disse da importância de ser o juiz um agente comprometido com o contexto social e político que o cerca. Mas, para atingir tal desiderato, quais as principais capacidades que deve desenvolver ao longo da sua função judicante?

Penso, em primeiro lugar, que ele necessita ser pró-ativo, embora não se esteja, evidentemente, com isso a defender sua atuação *contra legem*, ou muito menos a quebra do imprescindível princípio da imparcialidade

O que se quer dizer - sendo de absoluta relevância esclarecer- é

2 GAULIA, Cristina. Artigo publicado no Jornal "O Globo" no dia 29.09.2008.

que o magistrado hoje deve romper barreiras, sair do usual, criar, buscar parcerias com o Poder Público, de forma a dar efetividade à atuação que o caso concreto está a lhe exigir.

Essa participação conjunta do juiz com outros agentes, ou mesmo com as entidades privadas, nada tem de subversiva ou ilegal. Muito ao contrário, é legítima e oficial, desde que amparada evidentemente por Convênios ou Protocolos devidamente autorizados pelo órgão competente de sua jurisdição. Assim, exatamente nesse sentido, vêm sendo editadas as legislações mais recentes e de cunho afirmativo, a exemplo do que acontece com a Lei 11.340 de 2006 que pune a violência familiar contra a mulher e, em seu artigo 8º, prevê justamente o trabalho articulado do Poder Judiciário com a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Como se vê, é a própria lei que está a exigir do magistrado uma participação pró-ativa, destinada a criar políticas públicas de mão dadas com o Executivo.

Também não pode esse novo modelo de magistrado esquecer-se do seu inevitável comprometimento social, escondendo-se atrás do receio injustificado da possível perda de sua imparcialidade.

Por vezes o litígio está a exigir do juiz uma postura diametralmente oposta, ou seja, destinada a equilibrar uma relação que, por sua natureza, já se ostenta, pendendo para uma das partes, como é a hipótese das relações de consumo. A própria Lei do Consumidor demanda um desempenho especial, destinado a equilibrar a defesa no processo da parte mais enfraquecida, no caso o próprio consumidor.

Portanto, ser um magistrado pró-ativo é não sucumbir aos vícios de outrora, é buscar solução no mundo prático para os conflitos desse século, é aproximar-se do jurisdicionado e fazer com que o processo chegue ao principal fim colimado, vale dizer, à distribuição da verdadeira justiça.

Outras qualidades indispensáveis ao juiz são a busca do conhecimento multidisciplinar, a consciência do mundo que o cerca, e a compreensão das necessidades daqueles que o procuram.

Ouso dizer que, muitas vezes, esse conhecimento diversificado torna-se ainda mais relevante do que o próprio saber jurídico tradicional, melhor dizendo, do que o simples conhecimento do texto legal, que, via de regra, não basta para levar o magistrado a solucionar com justiça o caso concreto.

Lamentavelmente, os concursos públicos de início de carreira continuam a cobrar do candidato à magistratura, invariavelmente, apenas o saber técnico jurídico, não evoluindo para uma visão humanista e pessoal daquele que se propõe a abraçar esse verdadeiro sacerdócio. O juiz tem que compreender o indivíduo, suas mazelas, estar a par da realidade do seu país, pois, só assim, poderá interpretar livremente o texto legal e buscar pelo caminho da ética a razão de ser da própria justiça.

Esse novel modelo de magistrado deve, enfim, ser tão humano quanto aquele cidadão que irá julgar. Não pode se tornar uma "máquina de julgar", inspirado na era da informática, mas, sim, trazer para o processo o que já aprendeu na importante escola da vida. Resumindo, o juiz tem que ser "gente"!

Por fim, em que pese a existência, por certo, de inúmeros outros predicados, o juiz precisa ser vocacionado com o segmento da atividade jurisdicional que optou por abraçar. Inevitavelmente, há bons juízes de Vara de Família que já não atuam com a mesma efetividade e talento nas Varas Criminais, ou nos Juizados, e assim por diante.

Caberá, cada vez mais, às administrações dos respectivos Tribunais respeitarem essa vocação no exercício das remoções ou promoções. Os Tribunais também têm que se adaptar aos novos tempos!

Enfim, esse é o perfil do magistrado que se espera para esse milênio: um juiz pró-ativo, independente, comprometido socialmente e, acima de tudo, um profissional que opera o direito aplicando princípios éticos, com a finalidade de realizar a justiça.

V - CONCLUSÃO

Não se tem mais dúvida do relevante papel que exerce o Judiciário nesse século, interferindo diretamente no cenário político da nação.

Preenche agora o juiz espaços que antes não eram da sua atribuição e, para isso, vê-se diante da necessidade de sair de sua tradicional posição de mero observador, assumindo sua condição de agente político e modificador da realidade brasileira. É o juiz participante e, acima de tudo, comprometido com os princípios éticos que o povo brasileiro elegeu na Carta Política de outubro de 1988.

São novos tempos, outra realidade, que estão a cobrar um magistrado, muito diferente dos seus antepassados, independente sempre, mas, também, preocupado e comprometido como contexto político da nação.

É, nesse sentido, que destaco a relevância de altos estudos de política e estratégia para a atividade jurisdicional contemporânea. Com efeito, o real diagnóstico da situação brasileira perpassa, inexoravelmente, por tais estudos de elevado nível, o que evidencia por si só sua relevância para o exercício da magistratura, haja vista que o juiz do século atual não pode e nem deve ficar adstrito à pesquisa jurídica, devendo dedicar-se também, e cada vez mais, a ter um conhecimento amplo e multidisciplinar, justamente para melhor resolver os conflitos sociais que lhes são apresentados em forma de litígio. Nesse aspecto, em artigo, de minha autoria, intitulado "Justiça seja feita à Escola Superior de Guerra!", já tive a oportunidade de dizer que:

A essa fase final foram incorporadas outras tantas conferências, algumas proferidas por ministros de estado, outras por seus assessores diretos, o que nos deu um real diagnóstico da situação brasileira de então. Depois de todas essas informações já estávamos, nós estagiários, de posse do material necessário para a elaboração do Plano de Defesa Nacional, etapa final do nosso aprendizado. Esse foi o resumo de minhas atividades, enquanto estagiário do Curso de Altos Estudos de Política e Estratégia da ESG, o que evidencia por si só sua relevância para o exercício da magistratura, haja vista que o juiz do século atual não pode e nem deve ficar adstrito à pesquisa jurídica, devendo dedicar-se também, e cada vez mais, a ter um conhecimento amplo e multidisciplinar, justamente para melhor poder resolver os conflitos sociais que lhes são apresentados em forma de litígio. Para esse fim, posso afirmar, nada há de igual ao tradicional curso da ESG, que tem especial relevância na formação que deve ter o juiz do século XXI. Justiça, portanto, deve ser feita à nossa Escola Superior de Guerra, pela gama de conhecimentos que transfere a seus estagiários e, porque não dizer também, pela renovação de patriotismo e amor à nação que propicia a quem teve, como eu, a felicidade de cursá-la. SELVA! [3]

Referências:

COSTA, Caetano Ernesto da Fonseca. *Verdades: justiça seja feita à Escola Superior de Guerra. In Revista Fórum 16.* Rio de Janeiro: jul. 2009. Disponível em <http://www.amaerj.gov.br>. Acesso em: 20 nov. 2007.

GAULIA, Cristina. Artigo publicado no Jornal “O Globo” no dia 29.09.2008.

GÓES, Guilherme Sandoval. *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. *In Neoconstitucionalismo e Estado pós-social*: *elementos para uma dogmática pós-positiva*. Rio de Janeiro: 2006. (261ª Dissertação de Mestrado em Direito – Universidade do Estado do Rio de Janeiro).

SOARES, Elaine; MONICA, Marrelli. *Geração Justiça: jovens à procura de uma estabilidade financeira e social*. *In Revista Fórum 16.* Rio de Janeiro: 2007. Disponível em: <http://www.amaerj.gov.br>. Acesso em: 2 dez. 2007.

[3] COSTA, Caetano Ernesto da Fonseca. “Justiça seja feita à Escola Superior de Guerra!”. In: Revista Fórum16 da Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro, GERAÇÃO JUSTIÇA. O fenômeno do juvenescimento na magistratura. Rio de Janeiro, 2007. Acesso dia 05 de março de 2009. Disponível em http://www.amaerj.org.br/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=893.