



Gustavo Junqueira

APONTAMENTOS SOBRE O PERFIL DO JUIZ A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

21

NOTES ON THE JUDGE PROFILE FROM THE 1988 FEDERAL CONSTITUTION

Rafael Campos Soares da Fonseca
Leonardo Campos Soares da Fonseca
Reynaldo Soares da Fonseca

RESUMO

Pretendem abordar o perfil do magistrado inaugurado pela Constituição de 1988.

Entendem que o problema principal se traduz na disfuncionalidade apresentada entre o positivado na Carta Maior e a atuação jurisdicional na práxis jurídica, dado o conflito entre as linhas continuísta e reformista.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Constitucional; Constituição de 1988; magistratura; juiz – perfil do.

ABSTRACT

The authors aim to address the magistrates' profile brought about by the 1988 Constitution.

They consider that the main problem translates into a maladjustment between what is laid down in the Constitution and the jurisdictional performance during forensic duty, given the conflict between the conservative and the reformist lines.

KEYWORDS

Constitutional Law; 1988 Brazilian Constitution; magistracy; judge profile.

1 INTRODUÇÃO

Em seara de Direito Público, uma das grandes questões a ser enfrentada pelos juristas no século XXI é a posição institucional e as funções constitucionais legitimamente atribuíveis ao Poder Judiciário nos Estados constitucionais e democráticos de Direito. Objeto de dissensos na teoria e na práxis, o fenômeno alcunhado pela doutrina comparada como *Global Expansion of Judicial Power* é marcado por inúmeras tensões (ou paradoxos), as quais devem ser compatibilizadas (ou trabalhadas de forma criativa) com o intuito de obter o melhor desenho institucional possível em cada contexto estatal. Trata-se de um esforço a fim de viabilizar em ponto ótimo o desempenho pelo Poder judicante das incumbências de garantidor e concretizador dos direitos fundamentais, bem como de fiador da democracia constitucional.

É dizer: a forma de seleção dos julgadores, por envolver conhecimentos técnicos e visões de mundo, apresenta relevante papel no modo por meio do qual a Justiça é produzida pelo sistema jurídico.

Nessa senda, variados estudos já foram realizados nas mais diversas temáticas, como, por exemplo, a legitimidade democrática da jurisdição constitucional, a discricionariedade interpretativa gozada pelo magistrado com reflexos na criação judicial do Direito, supremacia judicial e diálogos constitucionais, entre outros. Entretanto, ainda é campo relegado a outras ciências sociais, com destaque para a Sociologia e a Ciência Política, as investigações sobre os mecanismos de seleção e formação de magistrados historicamente surgidos em cada Estado, bem como em perspectiva comparada. No sentido de oferecer subsídios e atenção a este debate, a presente investigação se coloca.

Sendo assim, o objeto de análise deste estudo é o perfil dos juizes na República Federativa do Brasil, mormente no que tange a experiência posterior à promulgação da Constituição Federal de 1988 e seus respectivos reflexos no plano fático.

Visto isso, resta esposar o quadro metodológico da presente investigação. Em primeiro lugar, o problema principal desta é: **há adequação constitucional e democrática entre o que foi positivado**

na Constituição e a atuação jurisdicional na prática forense? A hipótese é de que não, por conta da divergência de orientações, aqui sumarizadas nos polos continuísta e reformista. A fim de verificá-la, será intentado um esforço de reconstrução racional do perfil do juiz brasileiro em contexto hodierno.

A partir do pensamento de Theodor Viehweg, tem-se a possibilidade de discussão da cientificidade do saber jurídico sob a ótica da retórica. Nesse sentido, *O problema central de nossa disciplina, que Viehweg qualifica como uma aporia, constitui-se na questão do que é o justo aqui e agora* (ROESLER, 2013, p. 193). Noutras palavras, busca-se aplicar a aspiração de Justiça, situacional e racional, ao campo específico do recrutamento da Judicatura Federal. É dizer: a forma de seleção dos julgadores, por envolver conhecimentos técnicos e visões

de mundo, apresenta relevante papel no modo por meio do qual a Justiça é produzida pelo sistema jurídico.

Dessa aderência teórica, para os fins desse trabalho, intenciona-se a construção de um saber jurídico completo, que só pode ser alcançável pela conjugação dos enfoques dogmático e zetético sobre nosso objeto de investigação: *assim, se utilizarmos o enfoque dogmático, nossas premissas serão inquestionáveis. Se utilizarmos o zetético, serão sempre passíveis de revisão. Compreendemos desse modo porque vemos que Viehweg qualifica a presença dos referidos enfoques no saber jurídico como produtores de diferentes argumentações, ou seja, o objeto é o mesmo, apenas aquilo que sobre ele se diz é que é distinto segundo modo como é construído o discurso [...] A discussão colocada nesse contexto acentua a complexidade do saber jurídico ao mostrá-lo em relação constante com dois polos: a necessidade de contribuir para a decisão dos conflitos sociais e o saber científico* (ROESLER, 2013, p. 194-197).

Já em termos metodológicos, filia-se ao raciocínio tópico por pensar o Direito

problematicamente, a partir de pontos de partida (*topoi*), sem furtar-se à afirmação de que *a ligação entre pensamento problemático, tópico e Jurisprudência é derivada de sua função social* (IDEM, p. 196).

2 A REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Em outubro de 1988, deu-se a promulgação da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, após um longo período de ditadura militar. Nesse documento jurídico, consubstanciou-se uma série de conquistas democráticas. O art. 1º dispõe que a organização política brasileira se constitui em um Estado democrático de Direito, não se furtando de enunciar em seu parágrafo único que o titular da soberania é o povo, exercendo-a de forma direta ou indireta, nos termos da Carta Maior.

Igualmente, dispõe em seu art. 2º quais são os Poderes da União, a saber, o Judiciário, o Legislativo e o Executivo. Encontra-se aí presente a cláusula de separação de poderes, tendo em conta a previsão de independência e harmonia entre eles. Ademais, ao longo de toda Constituição é previsto um amplo leque de direitos fundamentais. Com a finalidade de resguardar esses conceitos essenciais, a Carta Magna também prevê uma série de instrumentos de salvaguarda, dentre os quais se destacam a jurisdição constitucional, as cláusulas pétreas e a intervenção federal (princípios constitucionais sensíveis).

À luz desse panorama, serão trabalhadas essas quatro instituições jurídicas – Estado democrático de Direito, soberania popular, separação de poderes e direitos fundamentais – dentro da realidade específica do Brasil contemporâneo, mesmo que de maneira breve.

Em relação ao Estado democrático de Direito, deve-se ter em conta se tratar de um período de redemocratização, ou melhor, uma democracia incipiente. Nesse sentido, vive-se um momento de intenso experimentalismo institucional e consolidação de instituições. Isso é particularmente importante quando se pensa no Estado-Juiz, a título exemplificativo se tem o pretexto de Reforma do Judiciário (EC n. 7/1977) para a edição do Pacote de abril de 1977. É dizer: tendo em conta sua função social, a dogmática jurídica deve estar atenta

aos avanços e retrocessos a partir do horizonte normativo da democracia constitucional a qual a Constituição pretende constituir. O grande desafio aqui é a convergência da vontade de poder com a vontade da Constituição.

A respeito da soberania popular, a principal dificuldade reside na institucionalização da indivisibilidade da soberania popular (MAUS, 2010, p. 203-2015). Para isso, é relevante primeiro definir Povo para perceber o atual déficit de representatividade e reflexionar sobre as possíveis significações da soberania popular na sociedade brasileira.

Para Friedrich Müller, o Povo pode ser operacionalizado em três vertentes: o Povo ativo (cidadania), o qual interfere diretamente na vontade política do Estado; o Povo como instância global de atribuição de legitimidade, que está explícito no art. 1º, parágrafo único, da Carta Constitucional, sendo titular do poder constituinte e a partir do qual o poder constituído se legitima; por último, o Povo como destinatário das promessas civilizatórias, o que traduz a ideia de titularidade dos direitos fundamentais (Müller, 2003).

Embora haja na Constituição alguns instrumentos de democracia direta, nota-se um esgotamento da democracia representativa nos moldes até então apresentados¹. Nessa perspectiva, pode-se afirmar que há um déficit de legitimidade democrática na atuação estatal, visto sua inabilidade de “promover o bem de todos” (art. 3º, IV, CF), agravado pela falta de representatividade dos agentes políticos. Fazendo, portanto, todo sentido a construção teórica de Paulo Bonavides acerca da “crise constituinte” (BONAVIDES, 2009, p. 161-169).

Enfim, as palavras de Ingeborg Maus fornecem uma alternativa de ressignificação da soberania popular: *porém, somente na abstração plena de todos os momentos contitudinários se obtém um conceito de povo “destraditionalizado” e pós-convenção que se harmoniza com uma sociedade pluralizada e multicultural. A clássica ideia da indivisibilidade da soberania popular não remete, sob esse aspecto, a um sujeito coletivo pouco claro, mas contém a simples exigência de que a soberania compete exclusivamente àqueles que são afetados pelas próprias decisões – e não aos administradores e funcionários. A ideia da unidade e indivisibilidade da soberania popular designa nada mais do que o “Estado” nas mãos do “povo”* (MAUS, 2010, p. 171).

Noutro giro, não sem razão, Gilberto Bercovici aponta que um primeiro passo seria pensar a especificidade da manifestação do Poder Constituinte no contexto brasileiro, distinguindo-a das suas congêneres europeias. Assim, talvez o discurso do poder constituinte cesse sua função meramente legitimadora da dominação (BERCOVICI, 2006, p. 223-224).

De plano, há uma dificuldade quando se fala em separação de poderes com escopo na Constituição de 1988, visto que se dilatou temporalmente a decisão acerca do sistema de governo (art. 2º, ADCT, CF), além de haver forte divergência entre o anteprojeto elaborado pela Comissão Afonso Arinos (**parlamentarista**) e a orientação **presidencialista** do então Presidente José Sarney (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 157).

Notoriamente houve um processo de radicalização na Assembléia Constituinte, que desaguou na formação de grupos e agora na revisão das normas regimentais [...] Há desa-

cordo, portanto, sobre questões constitucionais básicas [...] As instituições nacionais só se revelarão aptas a sobreviver com eficácia, a serviço do povo, se refletirem a tolerância democrática, expressa num texto constitucional de renovação com equilíbrio [...] nenhuma Constituição transmite pureza lógica intocável. Do reconhecimento dessa certeza não se há de concluir, no entanto, que a estrutura constitucional possa revelar, sem risco, contradições flagrantes (MARINHO, 1992, p. 63-64; 91).

Em termos pragmáticos, tal indefinição gerou inúmeros problemas de coerência na sistemática da Constituição, mesmo sob o prisma do metaprincípio interpretativo da Unidade da Constituição (Konrad Hesse)². O resultado é a operacionalização do presidencialismo de coalizão, observando-se uma hipertrofia do Executivo cumulado com um fisiologismo partidário.

Outro problema relativo a esse tópico reside nos exatos contornos da jurisdição constitucional. Na última década, o Supremo Tribunal Federal alçou à posição de importante ator político na esfera pública, interferindo na efetivação dos direitos fundamentais³ e no funcionamento da democracia brasileira⁴.

[...] antes de tudo, o juiz é regido por regras nacionais aplicáveis a toda a Magistratura, derivadas de normas constitucionais ou infraconstitucionais. [...] pretende-se abordar o perfil do juiz brasileiro pós-1988 e respectivo plexo de direitos e deveres constitucionais.

23

Por último, mas não menos problemática, é a questão da previsão constitucional de direitos fundamentais. Tirante os problemas já abordados anteriormente de forma comparativa, a situação do Brasil se agrava por pertencer ao grupo de países da chamada “Modernidade Periférica”. De pronto, percebe-se uma objeção ao decreto imediato de uma pós-modernidade, porquanto sequer as promessas da modernidade foram concretizadas para grande parcela da população desses países. Noutras palavras, o Estado Social não se realizou, a despeito do intervencionismo publicístico se fazer presente.

Em síntese, o quadro pode ser assim descrito: com a promulgação da nova Constituição, as condições iniciais já são altamente problemáticas, pois de um lado, há um povo, como destinatário de prestações civilizatórias do Estado (MÜLLER, 2003, p. 75-77), altamente carente, e de outro lado, uma lei básica que garante direitos da forma mais ampla possível (STRECK, 2011, p. 47). Nesse panorama concreto, deve-se pensar a efetividade dos direitos fundamentais.

3 O PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL

A história constitucional brasileira, *per se*, é intrincada, o que repercutiu na formação do Judiciário. O marco inicial pode ser fixado na dissolução da Assembleia Constituinte de 1823 e posterior outorga da Constituição de 1824, por Dom Pedro I. Apesar do desgaste político gerado à imagem do imperador, o resultado foi algo entre o absolutismo e o liberalismo. Acertada é a metáfora de Paulo Bonavides quando alinha o Poder Moderador de “constitucionalização do Absolutismo” (BONAVIDES, 2002,

p. 105), o qual permitia inclusive a suspensão de magistrados na forma prevista pela lei.

Ao fim e ao cabo, no que toca à Constituição Imperial, *tudo terminou como D. Pedro I queria: uma Constituição outorgada; liberal em matéria de direitos individuais, mas centralizadora e autoritária da soma dos poderes que concedia ao monarca constitucional* (IDEM, p. 89).

Tal digressão histórica é relevante na medida em que se percebe a colocação do Judiciário em uma posição subsidiária, apolítica (embora partidarizante), passiva, formalista e pretensamente neutra já na raiz do Estado brasileiro. A ver, aqui não há qualquer pretensão historiográfica, mas tão somente o desejo de contextualizar a instrumentalização do Estado-Juiz pelo Poder Moderador (Imperador) e posteriormente pelo Poder Executivo, principalmente em períodos autoritários⁵.

Aqui, tencionou-se pensar no limite, de modo a aproximar-se do melhor modelo de juiz à luz das condições fáticas e jurídicas que o contexto brasileiro delimita. A missão do juiz, do jurista de maneira geral é esta: o melhor dentro do possível.

Esse panorama judicial se consolidou e se desenvolveu ao longo da República em períodos democráticos ou não. Modificou-se no que tange à burocratização da estrutura, o que inclusive contribuiu para a submissão do Judiciário no quadro republicano. A ver, a estrutura organizacional desse Poder se marcou por uma hierarquia tipicamente napoleônica, com origem na seara militar (ROCHA, 1995, p. 38). Nesses termos, não se trata apenas do controle técnico das decisões via recursal, dado que o escalonamento da carreira da Judicatura gerou sérios efeitos na independência e na imparcialidade dos juízes.

Cria-se um espírito de corpo injustificável à luz do princípio da igualdade⁶, o que ainda hoje é tachado de corporativismo e que, em última via, gera uma homogeneização exacerbada do “sentido comum teórico” (WARAT, 1988, p. 35-36) e da ideologia dos juízes. Ademais, até mesmo como corolário do processo anterior, há um insulamento do corpo judicial tanto em termos sociais, quanto no que tange a *praxis* e a *theoresis*, tendo em vista a noção de submissão acrítica ao direito posto, assim como a importação politicamente tendenciosa do positivismo normativista.

Seguindo a tendência da tradição ocidental relativa ao Estado Constitucional de Direito, a Constituição Federal vigente tenta romper com esse paradigma. A Constituição é inegavelmente prolixa, longa e analítica, o que não se encerra no amplo rol de matérias abrangidas, posto que muitas vezes há um detalhamento que ultrapassa sobremodo as fronteiras da constitucionalidade material (SARMENTO; SOUZA NETO, 2013, p. 170).

Embora seja compromissória, do ponto de vista da ordem econômica e social, parte significativa da doutrina considera a ideologia constitucionalmente adotada como social, em que o Estado tem importante papel na realização dos objetivos fundamentais da Carta Magna. Tal constatação se liga ao fato de que a Constituição Federal é dirigida⁷, ou seja, *ela não se contenta*

em organizar o Estado e elencar direitos negativos para limitar o exercício dos poderes estatais. Vai muito além disso, prevendo direitos positivos e estabelecendo metas, objetivos, programas e tarefas a serem perseguidos pelo Estado e pela sociedade (IDEM, p. 171). Há, portanto, um claro projeto de desenvolvimento dirigido pela Constituição, no sentido de ocasionar transformações sociais nas estruturas da sociedade brasileira.

Tendo isso como ponto de partida, também se positivou diversos mecanismos que buscam garantir a aplicabilidade das normas constitucionais. Logo, tendo em conta a inafastabilidade do controle jurisdicional como garantia fundamental, não é de se espantar que uma série de demandas que eram exclusivamente políticas seja apreciada pelo Poder judicante. Tem-se aqui, gradativamente ao longo das duas primeiras décadas de vigência da Carta Constitucional, a afirmação do Judiciário brasileiro na qualidade de Poder autônomo e independente.

Nos dizeres de Maria Tereza Sadek (2012, p. 396): *a confluência desses dois aspectos – a constituição do Judiciário como poder de Estado e a consagração dos direitos – projetou o Poder Judiciário para o centro da vida política e social. Pois bem, arremata: para além do aspecto simbólico, o conjunto de modificações aprovado desenhou um novo quadro institucional, não apenas para o Poder Judiciário, mas também para as demais instituições do sistema de justiça* (IDEM, p. 397).

Assim, não é à toa a positivação de uma série de garantias constitucionais e deveres institucionais (garantias estruturais) do Poder Judiciário. Nos termos de Tavares, as garantias do Poder (orgânicas) são o autogoverno, a autonomia financeira e a capacidade normativa (regimento interno); conquanto os deveres institucionais são a necessidade de concurso público de provas e títulos para ingresso, a formação em escolas judiciais, o número de juízes proporcional à demanda e à população, a jurisdição ininterrupta, a justiça itinerante, a descentralização da Justiça, a unificação dos Tribunais de Alçada aos Tribunais de Justiça e a distribuição imediata de processos. Porém, como se verá a seguir, esse plexo de deveres não é inteiramente originário.

A despeito de o posicionamento da Carta Maior ser inicialmente dirigente, tal processo sucumbe às transformações globais operadas pelo neoliberalismo, o qual propugna pela neutralização estatal na economia, como exigência própria dessa fase do capitalismo, isto é, a desregulamentação estatal e a globalização dos mercados. Ou seja, *o neoliberalismo é uma doutrina política reativa à implementação do Estado de Bem Estar e sua implementação busca equiparar a liberdade política à liberdade econômica* (ROCHA, 2006, p. 501).

Nessa linha, com o Governo Fernando Henrique Cardoso, o Brasil alinha-se ao Consenso de Washington e emprega vontade política em diminuir o tamanho e a intervenção do Estado, por meio do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE). No âmbito constitucional, tal conjunto de reformas estruturais se apresentou na forma da chamada Reforma da Administração, isto é, a EC 19/1998, com *trinta e quatro dispositivos contendo quase cem normas* (MOREIRA NETO, 1999, p. 21).

Contudo, como bem apontou Diogo Moreira Neto (1999, p. 20): *sem a reforma do Judiciário, portanto, não é que a reforma do Estado estará incompleta: ela não terá sido feita*. Nesse sentido, os influxos neoliberais também incidiram no Judiciário,

o que culminou na chamada Reforma do Judiciário (EC 45/2004)⁸.

Isso se deu porque o *Rule of Law* é imprescindível para vincular a globalização política à globalização econômica, via ordem e previsibilidade no cumprimento dos contratos. Por conseguinte, coloca-se a atuação do sistema legal como condição para o desenvolvimento (ROCHA, 1995, p. 503).

É necessário, segundo o ditame neoliberal, assegurar os meios necessários de proteção do investidor e do proprietário, de sorte que os contratos sejam cumpridos e as decisões judiciais sejam previsíveis e decorram de processos baratos e acessíveis [...] é imprescindível o desenvolvimento do Judiciário como prestador de serviços com imparcialidade, previsibilidade, agilidade, custo de acesso e possibilidade de recurso limitada (ROCHA, 2006, p. 504).

Para os fins dessa pesquisa, importa que a conformação do Estado-Juiz na organização política seja o parâmetro para avaliar a adequabilidade do perfil de magistrado.

Outro ponto a ser considerado é a persistência do “local” diante do “global”. A título de exemplo, cita-se um dos marcos da EC 45/2005, o Conselho Nacional de Justiça. Na visão de Alexandre Veronese e Eduardo Val, a proliferação por toda América Latina de Conselhos de Justiça pode ser entendida por duas chaves analíticas: a (i) proposição internacional – alinhamento e condicionamento aos interesses de instituições financeiras internacionais – e (ii) adaptação local pelo sistema político nacional – debate sobre controle externo do Judiciário a partir do Governo Geisel –, por intermédio da cultura jurídica (VERONESE; VAL, 2008, p. 11).

4 O PERFIL DO JUIZ A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

De plano, convém reafirmar que, antes de tudo, o juiz é regido por regras nacionais aplicáveis a toda a Magistratura, derivadas de normas constitucionais ou infraconstitucionais. Nessa linha, convém contextualizar a Judicatura brasileira em relação à tradição ocidental. Depois, pretende-se abordar o perfil do juiz brasileiro pós-1988 e respectivo plexo de direitos e deveres constitucionais.

Na esteira de Flávio Dino⁹, identificam-se duas perspectivas de reação às

reformas: (i) a continuísta, traduzível nas resistências ao novo papel do Estado-Juiz, inserta no paradigma do normativismo e o insulamento do Judiciário em relação à sociedade em prol de um tecnicismo; e (ii) a reformista radical, que tenciona mudanças utópicas e imediatas, desconhecendo as premissas e os limites do Judiciário na concretude e historicidade brasileira, em nome do dever de prestar contas e do compromisso social das instituições estatais (COSTA, 2001, p. 22).

Tendo em vista a realidade propriamente brasileira, Luiz Flávio Gomes elabora cinco modelos de atuação judicial que bem descrevem o panorama atual:

Tendo em vista o referencial de que se vale, emerge o correspondente modelo de atuação judicial. O juiz adstrito exclusivamente à lei representa o modelo “positivista-legalista”; o que coloca, de acordo com seus critérios pessoais, o valor “justiça” acima de tudo, inclusive da lei, retrata o modelo “alternativista extremado”; o que aceita a súmula vinculante, espelha o modelo opressivo hierárquico; por último, o que tem por base o “direito” (globalmente considerado – interno e internacional) personaliza o modelo constitucionalista de atuação judicial. Um “quinto” modelo de atuação judicial que, na verdade, não é nenhum modelo, senão uma aberração, não se vale de nenhum dos referenciais até aqui mencionados: consiste no juiz politicamente engajado com o Estado “autoritário” [...] Cuida-se de “modelo” que nem sequer alcança o nível mínimo da legalidade (exercita-se, destarte, na sublegalidade) (GOMES, 1997, p. 128-129).

Igualmente, a Carta Maior estabelece uma reserva legal qualificada, ou seja, remete a temática para o plano legal, mas não sem deixar de fazer prescrições de ordem material. Trata-se da previsão do Estatuto da Magistratura, por meio de lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal. Infelizmente, tal lei ainda não existe¹⁰, o que não impede que os princípios a serem observados por esse Estatuto sejam imediatamente aplicáveis¹¹.

Por ora, tal situação se resolve com a Teoria da Recepção aplicada à Lei Complementar 35/1979 (Lei Orgânica da Magistratura - LOMAN)¹². Ou seja, até o advento da lei complementar prevista no art. 93, caput, da Constituição de 1988,

o Estatuto da Magistratura será disciplinado pelo texto da LC 35/1979, que foi recebida pela Constituição (Supremo Tribunal Federal, 2011, p. 1.130)¹³.

Ademais, os juízes gozam das garantias da vitaliciedade, da inamovibilidade e da irredutibilidade. Claramente o constituinte buscou dar concretude à independência judicial. Na visão do STF, a Constituição elevou a magistratura ao gênero de agente político. Nos termos do Ministro Néri da Silveira: *investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica (IDEM, p. 1.168)¹⁴.*

O Magistrado é inviolável pelas opiniões que expressar ou pelo conteúdo das decisões que proferir, não podendo ser punido nem prejudicado em razão de tais pronunciamentos. É necessário, contudo, que esse discurso judiciário, manifestado no julgamento da causa, seja compatível com o usus fori [...] É que a independência judicial constitui exigência política destinada a conferir, ao magistrado, plena liberdade decisória no julgamento das causas a ele submetidas, em ordem a permitir-lhe o desempenho autônomo do officium iudicis, sem o temor de sofrer, por efeito de sua prática profissional, abusivas instaurações de procedimentos penais ou civis (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011, p. 1.128)¹⁵.

Noutro giro, o parágrafo único do mesmo art. 95 veda aos juízes o exercício de outro cargo, salvo o magistério; receber custas ou participação em processo; dedicação à atividade político-partidária; receber auxílios ou contribuições; e obediência à quarentena.

Igualmente a LOMAN também estabelece uma série de vedações. No campo das instituições judiciárias, o juiz deve observância aos ditames da Corregedoria Local e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

5 CONCLUSÃO

Uma primeira questão deve ser esclarecida: em decorrência da aridez e complexidade de certos temas tratados neste artigo, seria possível concluir que se busca a construção intelectual de mais um juiz hercúleo. A resposta é não. Não é este o caso. Sem um ideal regulativo, ou melhor,

um panorama especulativo suficientemente largo, qualquer resposta é aceitável. Sem um horizonte normativo, tudo é correto.

Aqui, tencionou-se pensar no limite, de modo a aproximar-se do melhor modelo de juiz à luz das condições fáticas e jurídicas que o contexto brasileiro delimita. A missão do juiz, do jurista de maneira geral é esta: o melhor dentro do possível. Claro, e ainda se procurará, pois a construção de instituições sólidas em uma democracia constitucional é um processo em andamento, bem como a escritura de um texto nunca termina com o ponto final. O interessante sempre é o depois.

Complementa-se: de volta, ao começo. Nos termos de Viehweg, o problema precipuo da disciplina jurídica é saber o que é justo aqui e agora, inclusive no campo do recrutamento de magistrados. Ademais, para se construir um saber jurídico completo, devem-se conjugar os enfoques dogmáticos e zetéticos. Aqui, o intento foi operar a grande dificuldade do jurista: fornecer soluções práticas e, ainda sim, produzir um saber dotado de cientificidade.

Ao longo da investigação, não se encontrou força argumentativa suficiente para desmentir a hipótese principal. É dizer: considera-se que tal resposta parcial foi verificada dentro dos limites metodológicos da pesquisa como procedente. A título de lembrança, afirmou-se que há uma disfuncionalidade do atual modelo em decorrência dos tensionamentos de origem interna e externa incidentes no Poder Judiciário, isto é, há um paradoxo entre o perfil dos juízes federais e o perfil de magistrado positivado na Carta Maior.

Contudo, contrariamente a parcela da doutrina, não se reputa haver uma “crise no Poder Judiciário”, ou até mesmo no Direito. Acredita-se que há uma crise, sim, em uma forma de se pensar o Estado-Juiz e o Direito. Explica-se: trata-se de outra manifestação da “contemporaneidade do não-contemporâneo”, ou seja, busca-se pensar o novo por meio de velhas fórmulas. Nessa linha de raciocínio, um primeiro passo é admitir a falibilidade dos juízes e modificar as estruturas normativas que os cercam¹⁶.

Antes de tudo, este estudo pretendeu ser um contributo a um debate imprescindível: qual o perfil de juiz o Brasil quer e/ou necessita? À luz do problema principal da disciplina jurídica, a Justiça situacional e racional, trata-se de uma aporia, como bem destaca Viehweg. A ver, uma aporia é justamente um “não-caminho”, ou melhor, uma experiência com o impossível. Volta-se ao começo da seção: busca-se pensar problemáticamente o Direito para, no limite, encontrar o melhor modelo dentro do possível.

NOTAS

- Exemplo latente é os protestos de junho de 2013, concomitantes aos jogos da Copa das Confederações.
- A título de exemplo, cita-se a espécie normativa da Medida Provisória, importada do ordenamento italiano e concebida em contexto tipicamente parlamentarista, porém, na prática brasileira, foi desvirtuada a ponto de permitir que o Executivo pautasse os trabalhos do Legislativo.
- Cita-se, v. g., a possibilidade de controle de políticas públicas.
- Cita-se, v. g., a possibilidade de congressista impetrar mandado de segurança com fulcro em seu direito líquido e certo de um devido processo legislativo, quando em face de descumprimento de regras constitucionais relativas ao processo legislativo. Logo, excepcionalmente, atua em controle preventivo de constitucionalidade.
- Não haveria espaço para lembrar as rupturas institucionais, v. g., disso-

- luções do Congresso, códigos propostos na forma de decreto-lei, ou até mesmo destituição dos cargos de ministros do Supremo Tribunal Federal.
- Nos dias atuais, ainda causa muita polêmica nos meios de comunicação as férias diferenciadas previstas na LOMAN em face do resto do funcionalismo público e dos trabalhadores em geral.
- Aqui se está a falar no constitucionalismo dirigente, de J. J. Canotilho.
- Aliás, tal conjunto de reformas estruturais no Judiciário se deu de forma simultânea em toda a América Latina, sob a batuta do Banco Mundial.
- A rotulação em “continuista versus reformista radical” não consta no pensamento do autor, sendo de nossa responsabilidade.
- Isso não implica dizer que ela não apresente eficácia negativa, logo a jurisprudência do STF é repleta de invalidações de regimentos internos e leis ordinárias que invadiram a seara do Estatuto da Magistratura.
- ADI 189, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 9/10/1991, Pleno, DJ de 22/5/1992.
- HC 68.210, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 18/12/1991, Pleno, DJ de 21/8/1992.
- Retirado da ADI 1.985, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 3/3/2005, Plenário, DJ de 13/5/2005.
- Retirado do RE 228.977, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 5/3/2002, Segunda Turma, DJ de 12/4/2002.
- Manifestação proferida no Inq. 2.699-QO, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12/3/2009, Plenário, DJE de 8/5/2009.
- Finalmente, no nível mais elevado da teoria política e constitucional, o tema do “Estado de Direito”, ou do caráter de um Rechtsstaat, é posto em questão. Se o Estado de Direito significa um governo das leis e não dos homens, ele é impossível de se realizar se a tese da infalibilidade judicial é verdadeira. Afinal, o governo das leis torna-se simplesmente o governo das pessoas que produzem decisões jurídicas. Na visão alternativa, a ideia de Estado de Direito adquire um sentido diferente. A ideia é que as pessoas que proferem as decisões jurídicas são responsáveis por defender e implementar o Direito, em vez de criá-lo por meio de suas opiniões. Assim, nossa crença no Direito e na ordem, caso se trate de uma crença no Estado de Direito, modifica-se profundamente de acordo com a opinião que adotamos sobre a possibilidade dos juízes errarem* (MACCORMICK, 2008, p. 357).

REFERÊNCIAS

- ALVES, Alexandre Henry. *Juiz federal: lições de preparação para um dos concursos mais difíceis do Brasil*. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.
- BERCOVICI, Gilberto. O Poder constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. *História constitucional do Brasil*. 4. ed. Brasília: Ordem dos Advogados do Brasil, 2002.
- COSTA, Flávio Dino de Castro e. *Autogoverno e controle do judiciário no Brasil: a proposta de criação do Conselho Nacional de Justiça*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.
- GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura: no estado constitucional e democrático de direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilização do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Tradução de Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MARINHO, Josaphat. *À margem da constituinte*. Brasília: Brasília Jurídica, 1992.
- MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como superego da sociedade*. Tradução de Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O sistema judiciário brasileiro e a reforma do Estado*. São Paulo: Celso Bastos, 1999.
- Müller, Friedrich. *Quem é o povo? a questão fundamental da democracia*. Tradução de Peter Naumann. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o poder judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- ROCHA, Sergio. Neoliberalismo e poder judiciário. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROESLER, Claudia Rosane. *Theodor Viehweg e a ciência do direito: tópica, discurso e racionalidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

SADEK, Maria Tereza Aina. Poder judiciário: uma nova construção institucional. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*. Brasília, ano VII, n. 6, p. 392-411, nov. 2012.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *A constituição e o supremo*. 4. ed. Brasília: STF, 2011.

VERONESE, Alexandre; VAL, Eduardo Manuel. Notas comparativas acerca dos Conselhos Nacionais de Justiça do Brasil e da Argentina. *Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, v. 14, n. 1, p. 7-21, 2008.

WARAT, Luís Alberto. O sentido comum teórico dos juristas. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *A crise do Direito numa sociedade em mudança*. Brasília: Universidade de Brasília, 1988.

Artigo recebido em 1º/2/2016.

Artigo aprovado em 15/2/2016.

Rafael Campos Soares da Fonseca é assessor de ministro do Supremo Tribunal Federal.

Leonardo Campos Soares da Fonseca é procurador do Estado do Mato Grosso do Sul.

Reynaldo Soares da Fonseca é ministro do Superior Tribunal de Justiça.