

## **A FORMAÇÃO DO JUIZ E TRÊS MODELOS DE MAGISTRADO**

***Danilo Fontenele Sampaio Cunha***

*Juiz Federal da 11ª Vara/CE*

### **Introdução**

A Reforma do Judiciário introduzida pela Emenda Constitucional nº 45/2004 sinaliza as exigências atuais e futuras do magistrado, sendo que este deve ser capaz de assegurar a todos a razoável duração do processo, implementando os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, realçando o desempenho, a produtividade, a presteza no exercício da jurisdição, a assiduidade e aproveitamento em cursos de aperfeiçoamento.

Percebe-se que a opção do constituinte derivado aponta para a formação ou educação continuada como meio de capacitação dos juízes e, ao mesmo tempo, sua valorização e conseqüente avaliação e aferição para promoções ou mesmo remoções.

Sabemos todos que a formação jurídica ainda é muito conservadora, atendendo a um modelo dogmático-positivista, na pressuposição de uma sociedade estável e previsível, partindo daí a dificuldade dos juízes enfrentarem as questões atuais caracterizadas como pós-positivistas, isto é, a realidade se revela muito mais complexa que o paradigma do silogismo e subsunção, sendo necessária a normatização e ponderação dos princípios para a realização da justiça.

A mera aplicação de normas, sem consciência de que em cada decisão se está reforçando ou enfraquecendo valores já há muito não é aceitável para a missão do magistrado, sendo preciso o desenvolvimento do que se

chama consciência sensível<sup>1</sup> na percepção e concretização dos valores constitucionais.

Verificamos, no texto de François Ost<sup>2</sup>, a ponderação de 3 tipos de Juízes, ou seja, de 3 modos básicos como um Magistrado pode usar sua Autoridade para o julgamento das lides, quais sejam o juiz Júpiter, o Juiz Hércules e o Juiz Hermes e entendemos interessante trazer tais referências à discussão sendo que, ao final, deixamos algumas questões ainda em desenvolvimento e sem respostas definitivas.

### **1- Juiz Júpiter**

Um primeiro modelo é o “Juiz Júpiter”, que adota o modelo do direito codificado, sempre linear e unidirecional, em um escalonamento de regras hierarquicamente derivadas. Este modelo tem sua base científica em Hans Kelsen<sup>3</sup>, e sua referência político-econômica liberal. Como se sabe, Kelsen, autor da obra Teoria Pura do Direito, no início do século XX, é associado à escola normativista do Direito e em toda sua obra procurou imunizar o Direito de outras ciências, fazendo sua, por assim dizer, “purificação”, em total descompromisso com a filosofia ou a moral; para tanto, utilizou a figura da norma fundamental, da qual todas as outras retirariam sua legitimidade, como que no ápice de uma pirâmide normativa a transcender e sacralizar as demais normas inferiores por força de vontade inicial imaginária que assim o quis. Aqui é a legalidade a condição necessária e suficiente para a regra, não se perquirindo nada sobre legitimidade ou efetividade.

Percebe-se, assim, clara influência do *logos* sobre o *pathos*, isto é a lógica sobrelevasse ao sentimento na percepção da realidade, com valorização da ordenação e da procura da essência, obtendo-se a Justiça quando se localizam as identidades, através do raciocínio lógico, como

ensinado por Parmênides, Descartes e Kant. O direito torna-se, assim, a ciência do direito, com forte base em procedimentos técnico-legalistas, onde o real é a exterioridade observável, assim como o fenômeno jurídico.

Tal percepção possui quatro conseqüências: o monismo jurídico (a forma dominante da lei reforça a sistematicidade e autoridade, ofuscando outros matizes do Direito), monismo político ou soberania estatal (quando aparentemente se obtém um consenso nacional traduzido pelos códigos), racionalidade dedutiva e linear (gerando uma interpretação que lida com as soluções particulares através da dedução das regras gerais) e supõe a concepção de um futuro previsível e controlável.

A esse modelo de juiz, os códigos tudo resolvem, ante a completude da lei e a plenitude do ordenamento jurídico, e o juiz é a *bouche de la loi*, sem possibilidades outras que não as ali previstas. No que diz respeito ao prisma político-econômico identificamos tal sistema jurídico com o liberalismo, no qual o Estado deve se abster de interferir na sociedade, garantindo somente condições para o desenvolvimento livre dos particulares, primando pela igualdade formal e ignorando-se as inúmeras desigualdades existentes entre os cidadãos.

Assim sendo, o “juiz Júpiter” deve ser dogmático, positivista, seguir a escola romano-germânica do Direito, considerando as regras como únicas detentoras de força cogente e não reconhecendo tal característica aos princípios.

Percebe-se, claramente, que tal modelo é insuficiente para lidar com a atual complexidade das relações e os desafios de recuperação dos fundamentos éticos do direito.

## 2- Juiz Hércules.

O segundo modelo, o “Juiz Hércules”, prioriza a resolução dos problemas, primando pela efetividade na aplicação dos princípios, nas hipóteses de revelação de lacunas, ou seja, vai além do juiz Júpiter e do modo positivista, identificando o Direito como meio da conquista da paz social.

Tal modelo de juiz se aproxima da *common law*, no *realismo americano* e da *sociological jurisprudence*, onde a jurisprudência é valorizada, na percepção, como Alexy<sup>4</sup>, de que também os princípios, e não só as regras, são normas, possuindo, pois, regras e princípios força cogente. Para tal modelo, *não há mais Direito do que o jurisprudencial; é a decisão e não a lei a que cria autoridade*<sup>5</sup> ou seja, a aplicação das normas no caso concreto se sobressai à generalidade e abstração da lei, na medida de nossas capacidades de percepção. Assim, *enquanto o pensamento jurídico tradicional coloca as regras como centro do sistema e crê poder deduzir mecanicamente as decisões particulares, Holmes e o movimento realista colocam as decisões judiciais no coração do sistema.*<sup>6</sup>

Do modelo piramidal surge o modelo funil, que da evocação do mundo surge à limitação ao caso concreto, sendo o Estado identificado como o Estado social ou assistencial do século XX.

A complexidade das causas faz com que o Juiz Hércules aplique normas com amparo nos códigos, mas também se valendo de conselhos, no pré-contencioso e adaptações segundo as circunstâncias e necessidades no pós-contencioso, sendo que a efetividade é condição necessária e suficiente para a validade do que se decidiu.

O Direito se reduz, assim, à materialidade da decisão, perdendo-se as idéias de validade e normatividade

ante o ***devir***, ou seja, o Direito existe apenas na decisão singular e, enquanto aparece, desaparece<sup>7</sup>.

Ocorre que a realidade é muito mais complexa da mera superposição de tais modelos, ou seja, estamos em uma época de transição com nossas heranças dos códigos e constituições, princípios e conceitos.

### **3- Juiz Hermes.**

O modelo do “Juiz Hermes” seria aquele que, sempre em movimento, está no céu, sobre a terra e nos infernos, assegurando o preenchimento das lacunas, conectando *povos afastados*, mediando conflitos e arbitrando interesses, na forma de uma rede sempre conectada e em inter-relação, tendo por base não mais os códigos ou um processo, mas um grande banco de dados para a criação normativa como a jurisprudência, os costumes, as convenções internacionais, os princípios gerais do direito, a doutrina etc. Para o juiz desse modelo, as partes podem contribuir para o deslinde da causa, dando sua contribuição técnica, primando pelo entendimento entre todos envolvidos no problema para resolvê-lo, renunciando ao monopólio da interpretação, mas com o cuidado de não transformar o diálogo em discussão sem entendimento ou fim.

O Direito, por ser interpretado por seus destinatários, pede para ser interiorizado e aceito, sendo certo que, na medida que os sujeitos de direito o reconstroem com seus próprios entendimentos, percebe-se que o Direito é sempre inacabado e eternamente em mudança, não possuindo delineamentos precisos, o que só revela a complexidade da situação presente.

Indica François Ost alguns indícios de tais constatações: a multiplicidade dos atores jurídicos (como o juiz, o legislador, a administração estatal e os particulares,

na intensa definição das normas aplicáveis), o entrelaçamento das instituições, a multiplicação dos níveis do poder e as modalidades de ação jurídica (superando as modalidades do permitido, proibido e obrigatório, o Estado intervém na sociedade prometendo, estimulando, planejando e dissuadindo, com recomendações, pactos, declarações governamentais, etc, como a transação penal, por exemplo).

O autor coloca o Direito atual como que um *Direito líquido*, ou seja, *Um Direito que, sem cessar de ser ele mesmo, apresenta-se em certas ocasiões no estado fluido que lhe permite colocar-se nas situações mais diversas e ocupar assim suavemente todo o espaço disponível, suportando – chegando ao caso- fortes compressões*<sup>8</sup>, lembrando muito o conceito de **resiliência**, ou seja, propriedade pela qual a energia armazenada em um corpo deformado é devolvida quando cessa a tensão causadora duma deformação elástica, noção também usada em psicologia.

Ao afirmar que *Antes de ser regra e instituição, o Direito é logos, discurso, significado em suspenso. Articula-se entre as coisas: entre a regra (que não é inteiramente normativa) e o fato (que não é nunca inteiramente fático), entre a ordem e a desordem, entre a letra e o espírito, entre a força e a justiça. Dialético, é ele um pelo o outro; paradoxo é ele um e o outro*, apresenta o autor sua teoria lúdica do Direito<sup>9</sup>, afirmando cinco idéias básicas, quais sejam:

- a) o jogo tem seu próprio movimento, personagens e linguagem
- b) o jogo, por ser um jogo de sociedade, aceita um número indefinido de jogadores de diferentes matizes, o que ocasiona mudanças das jogadas e das próprias regras, não possuindo nenhum deles qualquer hierarquia

- c) O jogo tem natureza mista, combinando a regra e o acaso, a convenção e a invenção, a abertura e o fechamento, ou seja, uma parte de regra e outra de improvisação.
- d) Permite distinguir o pólo simbólico – o do jogo como representação - e o pólo utilitarista – o do jogo como estratégia
- e) Situa a distinção entre o interior e o exterior, o limite do jogo e do “fora do jogo”, apesar de serem posições reversíveis e dinâmicas.

No que diz respeito à dimensão ética percebe-se que tal concepção traz ganhos à legitimidade procedimental do Direito, ante a discussão pública sem coação para a resolução dos conflitos, valorizando a tolerância, a negociação argumentativa e a auto-regulação através do diálogo, tal como previsto na Comissão e na Corte Europeia de Direitos do Homem, sem esquecer o respeito aos procedimentos e aos direitos fundamentais. Outrossim, a concepção do modelo de Hermes pressupõe o reconhecimento de que o homem não é apenas sujeito de Direito, mas também titular de responsabilidades, daí sua responsabilidade coletiva, superando reivindicações individualistas, advindo às idéias de fraternidade. Tal percepção influencia o juiz Hermes no sentido de que suas decisões podem ter influencia global, muito além da escala familiar ou local de antigamente.

Para agir com tanta responsabilidade, resta ao Juiz Hermes agir com prudência e, na dúvida, deve se abster, pelo menos até ponderar muito bem o caso.

#### **4- Questões ainda em desenvolvimento:**

Partindo do exposto, temos ainda vários questionamentos sobre o modo de atuar do juiz e dos

aplicadores do direito em geral, com especial destaque para o Ministério Público, tais como:

#### 4.1- Estimular a tolerância é tolerar tudo?

Sabe-se que a tolerância<sup>10</sup> é uma espécie de sabedoria oposta ao fanatismo e fundamentalismo (na dimensão religiosa) e ao totalitarismo (na dimensão de Estado ou de Governo), existindo algo de prontidão e atividade, vez que ser tolerante não é ser passivo, mas combater qualquer forma de opressão ou discriminação. Quem se acha possuidor da verdade (se é que ela existe), sempre termina sendo intolerante em aceitar outros posicionamentos, se fechando a escuta de tudo que apresente diferente ou incompreensível ao seu esquema conceitual de fala e ação. Surge, então, um importante questionamento: a tolerância deve ter limites ou não? Para alguns, como José Saramago, a tolerância pára no limiar do crime. Nesse sentido, não se pode ser tolerante para com a tortura, o estupro, a pedofilia, a escravidão, o narcotráfico, o terrorismo, a guerra, até porque se fosse levada ao extremo a tolerância acabaria por negar a si mesma, vez que não teria proteção nem preservação.

#### 4.2- O instituto do “amicus curiae”, previsto nas leis regedoras do controle concentrado de constitucionalidade evidencia bem o modo de atuação do “juiz Hermes?” Como fazer com que tal fenômeno ocorra em outras hipóteses?

O *amicus curiae* introduziu significativa modificação na jurisdição e no processo constitucional brasileiro, ocasionando inédito alargamento da legitimidade para participar e interpretar a Constituição nos processos de controle concentrado de constitucionalidade, abrindo espaço para as associações de magistrados, de advogados, de membros do Ministério Público, das

entidades do movimento social, comunidades étnicas e raciais, comunidades e entidades religiosas, ONGs, órgãos e entidades governamentais requererem ingresso nos processos em que se discute a constitucionalidade de leis e atos governamentais que ameacem ou violem os interesses e direitos coletivos dos grupos que representam, bem como os direitos difusos.

O *Amicus Curiae* é, assim, instituto novo no cenário jurídico brasileiro, introduzido formalmente no direito positivo brasileiro com a edição da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, lei regulamentadora do processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e da ação declaratória de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal.

Assim, se é certo que não há impedimento para que tal instituto possa ser aplicado subsidiariamente no controle de constitucionalidade concentrado nos Tribunais de Justiça Estadual, pergunta-se se não seria o caso da adoção nas ações civis públicas movidas pelo Ministério Público ou nas ações populares, ante a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes.

4.3- Existe, por assim dizer, a figura do “Ministério Público Hermes”, ou seja, aquele que, ao invés de ajuizar uma ação civil pública, de tudo faz para estabelecer um bom termo de ajustamento de conduta, no molde da lei 7.347/85?

4.4- Como interpretar a Carta Maior sem ter a autoridade única do Estado para tanto e conjugar o interesse público na concreção dos preceitos constitucionais vez que, como se sabe, toda compreensão é circunstancial (temporal, intencional e histórica) ?

4.5- Existe a chamada “interpretação viva” da Constituição,

quando os diversos setores sociais seriam levados em conta? E, se existe, como é que ocorre na implementação das políticas públicas?

Sabe-se que a definição de capacidade governativa compreende a capacidade de um sistema político de produzir políticas públicas que resolvam os problemas da sociedade, ou seja, diz-se que um sistema político é dotado de capacidade governativa se for capaz de: (i) identificar problemas da sociedade e formular políticas públicas, isto é, oferecer soluções; e (ii) implementar as políticas formuladas, mobilizando para isso meios e recursos políticos, organizacionais e financeiros necessários.

Assim, a formulação bem-sucedida de políticas públicas depende, de um lado, da capacidade do governo convencer os integrantes do Poder Legislativo da importância dos projetos apresentados e, de outro capacidade financeira, instrumental e operacional do Estado. Ademais, a construção de tal capacidade governativa de forma mais ou menos democrática fica caracterizada pelos mecanismos e formas que assumem as instâncias da política na interação do Estado com a sociedade, com especial destaque para a maior ou menor inclusão de grupos sociais afetados pelas políticas governamentais. Pergunta-se, pois, se tal percepção é realmente exercitada pelos nossos governantes.

#### 4.6- O juiz, a opinião pública e liberdade de julgamento.

Uma questão muito polêmica diz respeito à liberdade de julgamento do magistrado, sua sedução pela opinião pública e o comprometimento mínimo com a legislação.

Na **personalidade do juiz** é que está o único perigo no exercício do Direito, mas também na mesma se

encerra a garantia real da verdadeira justiça.

Observe-se que o movimento do Direito Livre autorizava o aplicador do direito a não examinar as fraquezas das normas e desdenhava tirar das mesmas algo de estável, útil ou construtor, o que ensejava assumir o julgador a posição de dizer o direito conforme suas próprias convicções, seria, por assim dizer, substituir a lei (vontade geral) pelo juiz (critério individual).

Creemos que o juiz pode e deve expressar seu comprometimento com os valores constitucionalmente postos, mas deve fazê-lo, no dizer de Gèny, “através dos Códigos” e não “apesar dos Códigos”, isto é, deve o julgador encontrar na interpretação da legislação a aplicação dos princípios constitucionais, não se deixando levar inconseqüentemente pela voz rouca das ruas, assumindo posições populistas, sendo certo que se é verdade que da opinião pública podemos colher flores, também é certo que podemos colher tempestades.

Assim, como juiz, devo unir meus conhecimentos técnicos com a sensibilidade oriunda da própria vivência do Direito, respeitando as formações pessoais dos envolvidos diretamente com a causa pendente de julgamento, ciente de minhas limitações e consciente que *“tanto posso saber o que ainda não sei como posso saber melhor o que já sei. E saberei tanto melhor e mais autenticamente quanto mais eficazmente construa minha autonomia em respeito à dos outros”*.<sup>11</sup>, mas sempre consciente do comprometimento ético com os princípios constitucionais e do exemplo que devo dar aos jurisdicionados, aos estagiários, funcionários e a todos, agindo como elemento dinâmico da sociedade e colaborando para uma maior efetivação do princípio democrático.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. ***Teoría de los derechos fundamentales***. Madrid. Editora Centro de estudios políticos y constitucionales, 2.002;
- FREIRE, Paulo - ***Pedagogia da Autonomia- saberes necessários à prática educativa***. Editora Paz e Terra., 3ª edição. São Paulo-SP
- NALINI, José Renato - ***A Formação do Juiz após a emenda à Constituição nº 45/04***, Revista da Escola Nacional da Magistratura- Associação dos Magistrados Brasileiros, Ano, I, nº 01, abril de 2006.
- KELSEN, Hans. ***Teoria Pura do Direito***. 3º ed. Tradução Baptista Machado. Coimbra, Arménio Amado, 1974

## Notas:

<sup>1</sup> Ver José Renato Nalini in *A Formação do Juiz após a emenda à Constituição nº 45/04*, Revista da Escola Nacional da Magistratura- Associação dos Magistrados Brasileiros, Ano, I, nº 01, abril de 2006, p.20.

<sup>2</sup> - Ost, François. (1996), no artigo Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez, in Revista Doxa – Cuadernos de Filosofía Del derecho – Universidad de Alicante, nº 14, 1993. Primeira publicação “ Jupiter, Hercules, Hèrmes: Trois Modelés du Juge” , in P. Bouretz (org.), *La Force du Droit*. Paris, Esprit.

<sup>3</sup> - Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 3º ed. Tradução Baptista Machado. Coimbra, Arménio Amado, 1974;

<sup>4</sup> -Alexy, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid. Editora Centro de estudios políticos y constitucionales, 2.002;

<sup>5</sup> texto de François Ost, ob.cit.p.170- nossa tradução.

<sup>6</sup> texto de François Ost. ob.cit.p.177 – nossa tradução.

<sup>7</sup> Heráclito afirma o devir como a própria transformação, contrária à noção fixa de identidade, na percepção de que um ser nasce e morre a cada dia e nada existe ou subsiste fora da mudança, ou seja, quando o direito se faz, já deixa de ser, vez que imediatamente se transforma, em eterno devir, nos colocando na posição de sempre buscarmos nos reconstruir.

<sup>8</sup> ob.cit.p.187.

<sup>9</sup> ob.cit. p.187.

<sup>10</sup> Aliás, em termos de cultura, é certo se falar em tolerância ou é melhor tratar-se de respeito?

<sup>11</sup> Paulo Freire, in *Pedagogia da Autonomia- saberes necessários à prática educativa*. Editora Paz e Terra., 3ª edição. São Paulo-SP.p. 106.