

# O PERFIL DO JUIZ NA TRADIÇÃO OCIDENTAL

## THE JUDGE'S PROFILE IN OCCIDENTAL TRADITION

Rafael Campos Soares da Fonseca<sup>1</sup>

Graduado em Direito pela Universidade de Brasília

**RESUMO:** O presente artigo busca afirmar conceitos fundamentais, bem como explicitar premissas de pensamento, a fim de refletir sobre as condições de possibilidade de debate sobre um perfil de juiz no Brasil, com referência à tradição ocidental. Nesse sentido, o expediente argumentativo foca na estrutura estatal em ordem decrescente da entidade e dos órgãos, isto é, parte-se do Estado Constitucional de Direito, passa-se pelo Poder Judiciário concebível no bojo do Estado Constitucional; enfim, se coloca a discussão sobre a judicatura como corpo profissional. Em movimento conclusivo, espera-se traçar breves paralelos com a experiência brasileira para se pensar a presente investigação como contributo para literatura jurídica sobre a Magistratura.

**PALAVRAS-CHAVE:** Estado Constitucional; Poder Judiciário; Magistratura; perfil do juiz; tradição ocidental.

**ABSTRACT:** *The present article seeks to affirm fundamental concepts, as so to explicit premises of thought, in order to ponder about the possibility conditions of debate about a judge's profile in Brazil, with reference to the occidental tradition. In this sense, the argumentative itinerary focus on the state structure in decreasing order of the entity and the agencies, i.e., it starts on the Constitutional State-Law, goes through the Judiciary Power conceivable in the Constitutional State, and ends in the discussion of the Judicature as a professional body. In conclusive movement, it is expected to outline brief parallels with the Brazilian experience for the sake of thinking about the present investigation as contribute to the juridical literature devote to the Magistracy.*

**KEYWORDS:** *Constitutional State; Judiciary Power; Magistracy; judge's profile; occidental tradition.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 O Estado Constitucional de Direito; 2 O Poder

<sup>1</sup> Analista Judiciário na Área Jurídica no Supremo Tribunal Federal, com atuação em Assessoria de Ministro.

Judiciário no Estado Constitucional; 3 O perfil do juiz na tradição ocidental; Considerações finais.

**SUMARY:** *Introduction; 1 Constitutional State-Law; 2 The Judiciary Power in Constitutional State; 3 The judge's profile in occidental tradition; Final considerations.*

## INTRODUÇÃO

**E**ste artigo terá a finalidade de introduzir conceitos fundamentais, assim como explicitar as premissas investigativas, com o intuito de pensar a respeito de condições de possibilidade de debate sobre um perfil de juiz no Brasil, com referência à tradição ocidental. Nesse sentido, a estrutura estatal será enfocada de maneira pormenorizada e de maneira decrescente de extensão na vertente da tradição ocidental.

Ao longo da investigação, serão abordados os seguintes elementos do Estado Constitucional de Direito. Em primeiro lugar, o próprio conceito desse tipo de Estado. Em segundo lugar, o enfoque se centrará na posição institucional do Poder Judiciário no Estado Constitucional. Em terceiro lugar, será abordado o perfil do juiz na tradição ocidental, inclusive os mecanismos de seleção historicamente construídos, que serão tratados em suas vantagens e desvantagens. Dado o Estado Constitucional de Direito como pano de fundo, o incipiente Estado Democrático de Direito brasileiro será pensado brevemente de forma especulativa em movimento conclusivo, com especial olhar às suas idiossincrasias.

O problema desta pesquisa é: *Pode-se falar em um perfil de juiz derivado da tradição ocidental?* Tal problema possui como dificuldades a tentação em generalizar experiências particulares, bem como o próprio eurocentrismo. Contudo, a hipótese que se lança é de que há, de fato, um perfil historicamente construído sobre a figura do magistrado no Estado Moderno, desde a baixa Idade Média até o momento hodierno, o qual aqui se considera o Estado Constitucional de Direito.

De plano, tal resposta parcial não implica em dizer que há uma pretensão de delineamento de uma “teoria geral” sobre a temática, nos moldes oitocentistas. Fique claro: reputa-se que a cultura jurídica local de cada ordem jurídica, considerada em sua concretude histórica, apresenta uma forma própria de assimilar as instituições jurídicas que serão aqui esboçadas. Caso contrário, o próprio desenho argumentativo da investigação seria contraditório.

Em complemento ao quadrante metodológico da investigação, o marco teórico é plural, com as devidas indicações ao longo da obra, dado que se crê que a questão do perfil do juiz ainda não foi satisfatoriamente teorizada por uma vertente teórica. Nesse sentido, este trabalho se coloca como contributo a este debate, mormente no âmbito brasileiro.

## 1 O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

É indubitável configurar o desenvolvimento do Estado de Direito como uma conquista civilizatória da sociedade, porquanto redefiniu as bases formativas e operativas do Estado. Nesse diapasão, torna-se imperativo analisar a sua origem e os seus desdobramentos.

Para Luigi Ferrajoli, o Estado de Direito pode ser compreendido em dois sentidos: (i) fraco ou formal; e (ii) forte ou substancial. No primeiro sentido, é notável a vinculação do Poder Público à lei, em contraposição ao Estado Absolutista; contudo, tal submissão se dá apenas sob o ponto de vista da fonte e da forma legal. Já, no segundo sentido, apresenta-se o mesmo tipo de vinculação, a diferença se dá na natureza bifronte desse vínculo: forma e conteúdo (princípios substanciais)<sup>2</sup>.

Ademais, o autor sustenta que cada sentido representa um modelo de Estado. No sentido fraco ou formal, trata-se do Estado Legislativo de Direito (Estado Legal), sob a regência do paleojuspositivismo, assim tendo a legalidade estrita como norma de reconhecimento. No sentido forte ou substancial, o modelo aponta para o Estado Constitucional de Direito, marcado pelo neojuspositivismo<sup>3</sup>, além de a norma de reconhecimento ser a própria Constituição. Nessa perspectiva, Ferrajoli se propõe a distinguir tais modelos estatais do ponto de vista do Direito, da ciência jurídica e da jurisdição.

O Estado Legal se traduz na própria afirmação do princípio da legalidade como fonte exclusiva do direito válido e existente. Assim, o Direito objetivo tem a sua validade posta por uma autoridade dotada de competência normativa. A ciência jurídica se resume à cognição do direito positivo, enquanto a jurisdição

<sup>2</sup> FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. Trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 417.

<sup>3</sup> Trata-se de opção teórica do autor. Nesta investigação, serão adotadas as premissas e os conceitos do pós-positivismo, conforme o marco teórico escolhido. Destaca-se a correlação necessária entre Direito e Moral, visto incorporar-se ao próprio conceito de Direito uma pretensão de correção material.

tem a sua principal função marcada pela subsunção do fato à norma, visto que a legalidade é a fonte de legitimação do Poder Judiciário<sup>4</sup>.

A grande mudança ocorrida entre os modelos de Estado é que no Estado Constitucional a própria lei fica subordinada material e formalmente a outra lei superior, a Constituição. Logo, a validade do Direito é vista sob a ótica constitucional, abrangendo o aspecto formal e material da norma jurídica. Ademais, a ciência jurídica adquire um viés mais crítico e prospectivo, ao passo que a jurisdição passa a se vincular primeiramente à Carta Maior; logo, toda interpretação/aplicação deve ser feita em conformidade material e formal com a Constituição<sup>5</sup>. Ferrajoli não deixa de anotar que daí surge um componente vital para a democracia, pois esta passa a ser tanto procedimental quanto substancial<sup>6</sup>.

O autor italiano também indaga sobre quais seriam as mudanças estruturais e culturais que levaram à sucessão de modelos. Aponta duas mudanças estruturais. A uma, do Estado Pré-moderno para o Estado Legal, chegou-se à conclusão de que o Direito seria produzido por linguagem artificial, e não natural, como se supunha com fulcro na tradição. Por conseguinte, o Direito adquire autonomia, visto que não decorre da moral, da religião ou de outra esfera social, mas sim é autorreferente, criando a si próprio. A duas, do Estado Legal para o Estado Constitucional, o próprio fundamento do Estado se desloca para as normas substanciais anteriormente referidas, com especial destaque para os direitos fundamentais e a separação de poderes<sup>7</sup>.

Noutro giro, Ferrajoli reconhece uma mudança cultural<sup>8</sup>, em que se passa a ver a Constituição como limite e vínculo contra os Poderes da maioria, o que, em última medida, justifica o próprio controle de constitucionalidade<sup>9</sup>. Daí, cabem duas colocações. A uma, essa limitação advinda da Constituição pode ser encarada como um pré-comprometimento do poder constituinte<sup>10</sup>, o qual

---

<sup>4</sup> Id., p. 423 e 424.

<sup>5</sup> Id., p. 424-429.

<sup>6</sup> Tal constatação se coaduna com importante debate no âmbito da teoria constitucional entre procedimentalistas e substancialistas.

<sup>7</sup> Id., p. 429-431.

<sup>8</sup> “Acrescento que a nossa cultura jurídica é, ainda, de fato, largamente paleopositivista e aconstitucional; e paradigma do Estado Constitucional de Direito deve ainda, em grande parte, ser desenvolvido, tanto no plano teórico como no institucional.” (Ferrajoli, op. cit., p. 437)

<sup>9</sup> Id., p. 432.

<sup>10</sup> ELSTER, Jon. *Ulises y las sirenas: Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1980. passim.

instrumentaliza uma Corte Constitucional, como guardiã da Constituição<sup>11</sup>, contra a tentação de uma “ditadura das maiorias”. A duas, essa mudança cultural pode ser entendida como uma “cultura de constitucionalidade”<sup>12</sup>.

Em complemento a essa linha de raciocínio, evoca-se a instituição da força normativa da Constituição, de Konrad Hesse, porquanto uma Constituição que se faça valer no Estado Constitucional deve se converter em “força ativa” diuturnamente.

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas [...] puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa caso se façam presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a *vontade de poder* (*Wille zur Macht*) mas também a *vontade de Constituição* (*Wille zur Verfassung*). (Hesse, 2009, p. 132)<sup>13</sup>

No âmbito desta investigação, outro problema é igualmente relevante na emergência do Estado Constitucional de Direito: a reabilitação da argumentação geral como fator central na relação governante-governado, agora não mais monopolizado pela representação popular. Nesses termos, pode-se falar em um constitucionalismo discursivo.

Sob a ótica de nosso marco teórico, na obra *Retórica e o Estado de Direito*, o pensamento de MacCormick tem como ponto de partida o problema da conciliação entre o Estado de Direito e o caráter argumentativo do desenvolvimento do Direito. Portanto, a obra em si se traduz em um esforço de composição desses dois pontos de partida no estágio atual das teorias da argumentação jurídica. Conclui-se que tal empreendimento se concretiza por intermédio do direito de

<sup>11</sup> Aqui se furta à discussão entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, bem como se informa que tal faceta do Estado Constitucional é alcunhada de dificuldade contramajoritária do Judiciário, a qual será abordada apenas lateralmente na presente investigação.

<sup>12</sup> Na literatura constitucional, encontram-se diversas expressões com esse mesmo referente ou algo próximo; por todos, cita-se o “sentimento constitucional”.

<sup>13</sup> HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Trad. Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

defesa e da possibilidade permanente de contestar as premissas do argumento jurídico apresentado, à luz das teorias retóricas e procedimentais e das leis<sup>14</sup>.

Por fim, cabe abordar os conceitos fundamentais do Estado Constitucional de Direito, quais sejam, a Constituição, os direitos fundamentais e a separação dos poderes, de modo a identificar os caracteres desse modelo de Estado.

À luz da teoria dos sistemas, a Constituição é o acoplamento estrutural entre os subsistemas da política (poder/não poder) e do Direito (lícito/ilícito). O acoplamento estrutural, então, restringe o campo de possíveis estruturas que os sistemas realizam sua autopoiese<sup>15</sup>.

Ademais, por não possuir causa específica, a Constituição, na qualidade de acoplamento estrutural, é aquisição evolutiva, quer dizer, “pressupõem a si próprios enquanto se revinculam às descontinuidades do ambiente, e para cujas estabilizações contribuem”<sup>16</sup>. Por conseguinte, percebe-se a relevância da Constituição no sentido de operacionalizar o fechamento operacional de ambos os sistemas, bem como superar as limitações da autodescrição por intermédio da heterorreferenciabilidade entre esses mesmos sistemas, que se comunicam por meio de irritações.

Os problemas da circularidade e da re-introdução da unidade na unidade atormentam assim também o sistema político. Esses são desviados no sistema jurídico em canais interpretativos, no sistema político em canais organizativos e estratégicos. [...] Por meio do conceito de Estado instituem-se ofícios ao dotá-los de competências condicionáveis. Organiza-se a “separação de poderes”. A integração das comunicações entre os cargos é subordinada à adequação ao direito de suas decisões. [...] É certo que o paradoxo da soberania não é acolhido em detrimento do direito positivo, mas, ao contrário, é resolvido por seu intermédio. (Luhmann, [s.d.], p. 20)

---

<sup>14</sup> MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 17-42.

<sup>15</sup> LUHMANN, Niklas. *La Sociedad de la Sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. Cidade do México: Heder, 2006. p. 72.

<sup>16</sup> LUHMANN, Niklas. *A Constituição como aquisição evolutiva*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Livre, [s.l.n.], [198-]. p. 29.

Justamente esse ponto interessa a este estudo, porquanto fundamenta a teoria da separação de poderes. Bruce Ackerman credita a essa teoria às seguintes finalidades: a democracia, a competência profissional e a proteção e a ampliação de direitos fundamentais<sup>17</sup>. Nesse sentido, a proposta da separação de poderes vai além da manifestação de freios e contrapesos para um âmbito mais geral da teoria constitucional, embora ainda serviente ao ideal de limitação do poder político.

A separação de poderes é orientada a impedir que todas as funções estatais sejam concentradas em uma única estrutura organizacional. Isso produz um sistema de freios e contrapesos e permite que “o poder controle o próprio poder”. Ocorre a fragmentação do poder, com uma pluralidade de sujeitos exercitando competências distintas e controle recíproco. (Justen Filho, 2012, p. 87)

Sendo assim, Marçal Justen Filho alicerça o conteúdo da separação de poderes em três postulados: (i) diferenciação de estruturas organizacionais estatais, classicamente identificados como Legislativo, Judiciário e Executivo; (ii) diferenciação de funções estatais, classicamente identificadas como legislação, jurisdição e administração; (iii) atribuição a cada estrutura organizacional uma função estatal precípua<sup>18</sup>.

Acerca do controle recíproco entre os Poderes, assim como o controle operado internamente, Karl Loewenstein concebe o controle constitucional do poder político em dúplici direção, horizontal e vertical. Sob o prisma vertical, tendo em conta a Constituição como dispositivo de controle do Poder, este é limitado pelo Federalismo, pelas garantias das liberdades individuais e pelo pluralismo. Do ponto de vista horizontal, tem-se o controle interórgão e o intraórgão. Este é ligado ao processo de institucionalização do Poder; logo, se trata do exercício de uma função constitucional pulverizado entre vários agentes e órgãos a realizarem tal incumbência conjuntamente<sup>19</sup>.

Já aquele é marcado pelas relações que se estabelecem entre os diversos e independentes detentores do poder, por intermédio do processo político.

<sup>17</sup> ACKERMAN, Bruce. *A nova separação de poderes*. Trad. Isabelle Vasconcelos e Eliana Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 7.

<sup>18</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 88.

<sup>19</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976. p. 235.

Igualmente, no constitucionalismo democrático se apresentam quatro classes de controle interórgão: o parlamento frente ao governo; o governo frente ao parlamento; os Tribunais frente ao parlamento e ao governo; o eleitorado frente aos demais detentores do Poder<sup>20</sup>.

Como visto *supra*, com Luhmann, percebe-se que a Constituição se traduz no “estatuto jurídico do político”<sup>21</sup>, isto é, além de constituir a organização do Poder em determinada comunidade política se vinculando *pro futuro* (paradoxo da soberania), a Carta Maior também é fonte de criação e validade de toda norma jurídica (*autopoiesis*), o que se pode chamar de supremacia constitucional (*paramount law*). Por decorrência, as normas constitucionais, principalmente aquelas que consagram direitos, possuem aplicabilidade imediata e força cogente a ponto de permitir que sua exigibilidade seja objeto de tutela jurisdicional. Esse quadro, por si só, altera a natureza do Estado, ao colocá-lo como “Estado de Direitos”, em que os direitos fundamentais ocupam posição central no sistema jurídico.

Nesses termos, tem-se a fundamentalidade das normas de direitos fundamentais no sistema jurídico. Se, pelo lado formal, tem-se que “a *fundamentalidade formal* das normas de direitos fundamentais decorre da sua posição no ápice da estrutura escalonada do ordenamento jurídico, como direitos que vinculam diretamente o legislador, o Poder Executivo e o Judiciário”<sup>22</sup>. Sob a ótica da vertente substancial, a fundamentalidade decorre de as normas e de os direitos fundamentais atuarem como instrumentos para a tomada de decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade<sup>23</sup>.

Portanto, esse conjunto de transformações no modelo de organização política estatal é genericamente denominado de “constitucionalização do Direito”. Nesse campo, um marco teórico comumente adotado é o estudo de Riccardo Guastini<sup>24</sup> sobre a constitucionalização dos ordenamentos jurídicos, notadamente o caso italiano. Nele, busca-se conceituar o que seria esse

<sup>20</sup> Id., p. 252 e 253.

<sup>21</sup> Expressão popularizada na academia brasileira por influência de J. J. Canotilho.

<sup>22</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, p. 520.

<sup>23</sup> Id., p. 522.

<sup>24</sup> GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano. Trad. José María Lujambio. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 75-98.

“constitucionalizar” e também as condições para o desencadeamento desse processo. Logo, a constitucionalização do ordenamento jurídico seria um conjunto de transformações em que, ao fim e ao cabo, a ordem jurídica se tornasse completamente “impregnada” pelas normas constitucionais. Conjuntura essa marcada por uma Constituição extremamente invasora, intrometida, a qual possuísse a capacidade de condicionar a legislação, a jurisprudência, a doutrina, a ação dos atores políticos e até as relações sociais. Conforme o italiano nota bem: a constitucionalização é gradativa, porquanto não haja uma resposta binária para o estado de um ordenamento nesse aspecto.

Daniel Sarmento<sup>25</sup> afirma que o processo de constitucionalização do Direito envolve duas facetas distintas: questões antes delegadas ao legislador passam a ser tratadas pelo poder constituinte em suas diversas modalidades, logo, constitucionalizadas, o que retira uma série de decisões do alcance das maiorias legislativas momentâneas; além disso, os princípios e valores constitucionais penetram em todo o ordenamento jurídico, impondo uma “filtragem” constitucional de modo que se dê uma releitura do Direito à luz da Constituição. E mais: a Carta Maior não é somente a lei fundamental do Estado, mas também da sociedade, ou, melhor, ela não apenas coordena as relações entre os Poderes e o governante-governado, como também é uma norma diretiva fundamental no sentido de ser uma ordem objetiva de valores. Consoante a esses ideais, a argumentação de Luís Roberto Barroso<sup>26</sup>: “A idéia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico”.

## 2 O PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO CONSTITUCIONAL

Da mesma forma que ocorreu na seção passada, o conceito de Poder Judiciário será abordado em dois movimentos: longitudinal/histórico e transversal/comparativo. É dizer: primeiro será abordada a afirmação do Judiciário como poder político; seguidamente, serão expostos os seus elementos identificadores.

<sup>25</sup> SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 116-122.

<sup>26</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 217.

A noção moderna de Estado decorre, em grande medida, dos ideais propalados pela corrente filosófica do Iluminismo. A ver, é no *ius publicum* dos romanos que o pensamento liberal encontra *locus* adequado para a restrição tanto da sujeição feudal quanto do absolutismo real, porquanto se constrói um sistema em que o poder contém o poder e há a vinculação do Estado ao princípio da legalidade, isto é, pelo estabelecimento de limites e condições jurídicas da atuação estatal, ficam garantidos os espaços de liberdade individual<sup>27</sup>.

Ademais, tal formulação é gerada pelas três grandes Revoluções Liberais: no sentido de afirmar a legitimidade do poder e da representação política, advém a Revolução inglesa e a criação do Direito Parlamentar; a fim de afirmar a independência política, tem-se a Revolução americana e a gênese do Direito Constitucional; por fim, pela redefinição dos interesses públicos e sua condução pelo próprio povo, noticia-se a Revolução francesa e a estruturação do Direito Administrativo<sup>28</sup>.

Nessa senda, institucionaliza-se um poder político, dentro da dinâmica de separação dos poderes, responsável precipuamente pela função jurisdicional, traduzível em administração da justiça, monopolizada pelo Direito Público na figura estatal, com a competência de decidir conflitos sob o manto da coisa julgada. Logo, o Judiciário se insere no sistema de organização estatal por sua responsabilidade no controle de legalidade, o qual é entendido em dois planos: o Estado de Direito se viabiliza pelo controle de legalidade em sentido estrito, isto é, a submissão do agir do Estado e da sociedade à lei; enquanto o Constitucionalismo, pelo controle de constitucionalidade, relativo à submissão da própria lei à Constituição<sup>29</sup>.

Contudo, ainda em Montesquieu, formulador da doutrina da tripartição dos poderes, a despeito das funções institucionais *supra*, o Judiciário é concebido como poder de menor relevância em relação aos demais, dada a imposição de um caráter puramente exegético à atividade jurisdicional<sup>30</sup>. Nessa perspectiva, o juiz é um autômato da lei, ou seja, por meio de seu conhecimento técnico, deve aplicar a “letra fria” da lei na exata medida querida pelo Poder legiferante.

---

<sup>27</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O sistema judiciário brasileiro e a reforma do Estado*. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 45.

<sup>28</sup> Id., p. 46 e 47.

<sup>29</sup> Id., loc. cit.

<sup>30</sup> MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Nova Cultural, 2000. p. 201-211.

Tal construção é reflexa da baixa Idade Média, na qual o magistrado era uma extensão do braço do rei e a Magistratura, composta pela classe nobiliárquica. Portanto, com as revoluções burguesas, por certo, os novos detentores do poder têm a visão do magistrado-inimigo<sup>31</sup>, de modo que estruturam o Judiciário de maneira a ser subsidiário, apolítico, passivo e formalista.

Demais disso, essa formulação encontrará a sua reformulação com os adventos das sociedades de massa e do Estado Social. Com o aparecimento da técnica de controle social de cunho promocional, marca distintiva do Estado Providência, acentua-se o poder criativo do direito jurisprudencial por duas razões: a natureza principiológica das legislações sociais, o que se traduz na conferência de maior discricionariedade aos juízes no caso concreto; a inflação dos textos legislativos, colocando em xeque a crença na completude e centralidade sistêmica dos códigos. Nessa perspectiva, o Judiciário se agiganta como Poder, pois as transformações econômicas e sociais prometidas pelo Estado do Bem-Estar Social dependem, em grande medida, da interação entre os Poderes Executivo e Judiciário<sup>32</sup>.

Entretanto, a esse novo “Gigante” não se furtam os efeitos da chamada falência do Estado Social. Esta pode ser dimensionada em duas crises: (i) financiamento e (ii) legitimidade. Quanto à crise de legitimidade, já foi exposto de que forma a legitimação do poder judicante muda na passagem para o Estado Constitucional; por conseguinte, a atuação, ou mesmo a mera existência, do Judiciário não mais se justifica por força da autoridade das leis. Para isso, aponta-se a noção de racionalidade discursiva como nova fonte de legitimação, ou seja, a legitimidade do juiz deriva da fundamentação de suas sentenças.

Por outro lado, a crise de financiamento é igualmente relevante e até mais vistosa aos olhos do povo. Em suma, trata-se do reclamo pelo acesso à justiça em uma sociedade de massa, mas ao mesmo tempo complexa e plural. No Direito Processual, identificam-se três ondas de acesso à justiça. Essas ondas estariam no sentido de remoção dos obstáculos à resolução de litígios. A primeira onda refere-se à remoção de obstáculos econômicos, tendo como marco a assistência judiciária gratuita. Seguidamente, a segunda onda se traduz na remoção de obstáculos de cunho individualista; logo, se criaram mecanismos de proteção

<sup>31</sup> TAVARES, André Ramos. *Manual do Poder Judiciário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 27-31.

<sup>32</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 34-56.

de interesses transindividuais. Por fim, a terceira onda é referente a obstáculos qualitativos, então se tem a reforma do Poder Judiciário, desformalização e meios alternativos de resolução dos conflitos<sup>33</sup>.

Diante de tal quadro, é fenômeno global a constatação de que o aparato judicial se vê desprovido de recursos materiais, técnicos e humanos suficientes, em decorrência da não adaptação de seus processos e de suas culturas a esse novo cenário. Nessa senda, é inequívoco falar, em âmbito mundial, em uma crise do modelo de gestão da administração da justiça<sup>34</sup>.

A realidade complexa que cerca o Poder Judiciário pode ser colocada, portanto, nos seguintes termos: é um ator político na medida em que tem a responsabilidade de buscar fins sociais determinados na Constituição e controlar o cumprimento de funções políticas e de execução de programas de outros poderes; é um ator passivo, ou seja, que necessita ser provocado; é um corpo coletivo, mas expressa uma parte considerável de sua atividade em decisões individuais, das quais, no entanto, se cobra coerência com o conjunto das decisões tomadas pelo corpo a que pertence; e, por fim, trabalha com um emaranhado legislativo cuja coerência e acessibilidade estão sobejamente conhecidas como precárias. (Roesler, 2006, p. 7)

Em síntese, o Estado-juiz, na conjuntura atual, é muito mais do que “um organismo direcionado a resolver conflito de interesses surgidos na sociedade, mas também como ordenador da respeitabilidade dos direitos humanos fundamentais, seu garante último, inclusive contra o próprio Estado-administrador, ou Estado-legislador”<sup>35</sup>. Ressalta-se, assim, a afirmação peremptória do Poder Judiciário como poder político autônomo e independente.

---

<sup>33</sup> FONSECA, Reynaldo; FONSECA, Rafael. O princípio do devido processo legal e a conciliação. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, Brasília, v. 26, n. 3/4, p. 17-22, mar./abr. 2013, p. 19.

<sup>34</sup> Exemplificativamente, destaca-se o estudo de Rafael Jiménez Asensio acerca do ordenamento espanhol: JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. *Riforma Dell'Amministrazione della Giustizia e Comunità Autonome*. In: GAMBINO, Silvio (Org.). *La Magistratura nello Stato Costituzionale*: Teoria ed esperienze a confronto. Milão: Giuffrè, 2004.

<sup>35</sup> Tavares, op. cit., p. 38.

### 3 O PERFIL DO JUIZ NA TRADIÇÃO OCIDENTAL

Esta seção do artigo focará na figura da Judicatura, porquanto é ela quem faz cotidianamente o Estado-juiz<sup>36</sup>. Para isso, três assuntos devem ser abordados: (i) as balizas dadas pelo direito comparado (tradição ocidental) para se pensar o problema; (ii) o perfil de juiz no Estado Constitucional; (iii) os modelos historicamente construídos de recrutamento de magistrados, ressaltando as suas vantagens e desvantagens.

No imaginário europeu, o “juiz” é uma figura arquetípica, inclusive por influência do plano religioso. O perfil deste magistrado está “em posição de destaque; os seus símbolos são a balança e a espada punitiva. Ele vê tudo e decide com justiça. O seu veredicto é inevitável. Ele é a ‘última instância’”<sup>37</sup>. Entretanto, descendo do plano simbólico, duas colocações são relevantes: (i) o conflito aristocrático/populista que rege o desenvolvimento do perfil dos membros do Estado-juiz; e (ii) a diferenciação *common law/civil law*.

Em maior ou menor grau, o Judiciário sofre com pressões internas e externas, as quais podem ser agrupadas em duas direções, nos termos de Antonie Garapon: (i) o desvio aristocrático e (ii) a tentação populista<sup>38</sup>. A primeira implica em uma forte ligação com a política, a qual compromete a independência e a imparcialidade do Poder; além disso, se pauta por um funcionamento burocratizado e pautado em uma hierarquia orgânica. Já a segunda se traduz em uma inclinação voltada para atender o “apelo das massas”, desconsiderando as exigências do devido processo legal sob a justificativa de se tratar de “formalismo exacerbado” e contrário à celeridade e à verdade real. Tal concepção rotineiramente descamba para a irresponsabilidade política.

Do mesmo modo, é relevante a bifurcação da experiência europeia em dois modelos de sistema jurídico: o Direito Comum inglês e o Direito romano-civilístico continental. Por óbvio, isso gera repercussões nas incumbências da jurisdição. Tal distinção fica evidente na própria obra de Montesquieu, pois, apesar

<sup>36</sup> Aqui se critica parcela da doutrina que tenciona modificar as condições operativas do Estado-juiz pensando exclusivamente na instituição e em normas, sem considerar que qualquer mudança nessa seara deve passar necessariamente pelo material humano e sua cultura organizacional, especificadamente: os magistrados e seu senso comum teórico.

<sup>37</sup> STOLLEIS, Michael. O perfil do juiz na tradição europeia. In: HOMEM, António Pedro Barbas et al. *Seminário Internacional “O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental”*. Lisboa: Conselho Superior da Magistratura, 2007. p. 21.

<sup>38</sup> GARAPON, Antonie. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1992. passim.

de se espelhar na organização política inglesa e a sua supremacia parlamentar, reconhece ao Judiciário um lugar secundário. Em síntese, a experiência inglesa marcou-se por uma preocupação pela “unidade da jurisdição”, conquanto a história francesa se voltou para a “unidade da administração” sob a batuta napoleônica.

Nos termos de R. C. Van Caenegem, há duas visões opostas sobre o perfil dos magistrados: no direito consuetudinário, os magistrados são os “oráculos da lei” (*The Oracles of the Law*), isto é, a lei é o que o juiz diz que é lei; ao passo que, na tradição civilística, o juiz assume uma função de porta-voz do Legislador, o que se sintetiza na expressão “boca da lei” (*bouches de la loi*), ou seja, a lei é aquela que o legislador diz que é<sup>39</sup>. Não se pretende aqui gerar máximas, porém apenas explicitar duas visões opostas que refletem com precisão a disputa entre Legislativo e Judiciário pelo controle da lei.

Por certo, o perfil de juiz esperado no Estado Constitucional deve ser condizente com as atribuições institucionais do Estado-juiz. Nesse sentido, o juiz assume seu papel de agente promotor de transformações sociais, visto que é seu dever a efetivação dos direitos fundamentais, o que, por vezes, repercute em interferências no Legislativo e no Executivo. Tal faceta é denominada pela doutrina como “ativismo judicial”. Por si só, o ativismo judicial não é maléfico à democracia constitucional. Na verdade, como bem observa André Tavares, o Estado Constitucional exige o ativismo como um dever<sup>40</sup>.

Nessa linha de raciocínio, deve-se delimitar melhor o conceito com o intuito de evitar equívocos. O discurso dos direitos fundamentais possibilita um novo papel ao Poder Judiciário em caráter contramajoritário, o que, por certo, implica em uma postura mais ativa e intervencionista do Judiciário, sobretudo a justiça constitucional, em searas que seriam *prima facie* exclusivamente políticas<sup>41</sup>.

Ainda em concordância com André Tavares, tal fenômeno teve como causa a abertura semântica das constituições, o que se justifica pela “contemplanção principiológica do discurso dos direitos humanos, pela supremacia da Constituição, pela vinculação dos legislativos aos direitos fundamentais con-

---

<sup>39</sup> CAENEGEM, R. C. Van. “Oráculos da Lei” ou “*Bouche de la Loi*”: considerações históricas sobre o papel dos juizes. In: HOMEM, António Pedro Barbas et al. *Seminário Internacional “O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental”*. Lisboa: Conselho Superior da Magistratura, 2007. p. 35-40.

<sup>40</sup> Tavares, op. cit., p. 43.

<sup>41</sup> Por muitas vezes, tal discussão é tratada na doutrina como judicialização da política e politização do jurídico, o que não será aqui tratado.

sagrados e, sobretudo, pela necessidade de retirar, do âmbito político, certas opções”<sup>42</sup>.

Dado o caráter pejorativo que o termo “ativismo” tomou no contexto brasileiro, por jogo de palavras, há uma constitutiva tensão entre o ativismo e a altivez do Estado-juiz. Noutras palavras, até que ponto é constitucionalmente adequada essa postura do Judiciário em face dos outros poderes e da sociedade civil?

Não é pretensão desta investigação responder tal indagação; entretanto, em consonância com o marco teórico tal limite é traçado pelo próprio esforço de se conjugar os dois pontos de partida, isto é, o Estado de Direito e o caráter argumentativo de direito – direito de defesa e contestação das premissas conforme as teorias retóricas, procedimentais e das leis. Portanto, os parâmetros de controle do ativismo judicial seriam dados pela própria argumentação jurídica, na qualidade de “caso especial” da argumentação geral.

A dogmática dos direitos fundamentais, enquanto disciplina prática, visa, em última instância, a uma fundamentação racional de juízos concretos de dever-ser no âmbito dos direitos fundamentais. A racionalidade da fundamentação exige que o percurso entre as disposições de direitos fundamentais e os juízos de dever-ser seja acessível, na maior medida possível, a controles intersubjetivos. (Alexy, 2008, p. 43)

Por outro lado, o juiz também tem importante papel na preservação da democracia constitucional. Nesse sentido, a doutrina diverge em relação ao exato contorno dessa tarefa, principalmente no que toca à jurisdição constitucional. Há aqueles que consideram que o Estado-juiz deve se limitar a garantir as regras do jogo democrático em uma perspectiva procedimental<sup>43</sup>, conquanto também exista parcela doutrinária que infirma a necessidade de um Judiciário atuante no próprio jogo democrático<sup>44</sup>. Da divergência, o que se extrai é o consenso de que a jurisdição não se reduz a compor lides subjetivas ou aplicar a lei ao caso

<sup>42</sup> Id., p. 45-46.

<sup>43</sup> Cita-se, *v.g.*, Habermas (deliberativo) e Ely Hart (radical).

<sup>44</sup> Cita-se, *v.g.*, Dworkin e MacCormick.

concreto, objetivando a pacificação social, mas sim se define pelo seu dever de concretizar os valores públicos ao dar tutela concreta ao direito material<sup>45</sup>.

Nesse momento, torna-se cabível adentrar o terreno dos modelos de recrutamento de juízes historicamente surgidos. Tal incursão se dará sob a influência de dois marcos: (i) Eugenio Raúl Zaffaroni e (ii) Carlo Guarnieri. No primeiro, têm-se três modelos de análise da Magistratura, o que inclui sua seleção, quais sejam, (i) o empírico-primitivo; (ii) o tecno-burocrático; e (iii) democrático contemporâneo. Já o italiano divide a seleção de juízes em (i) juiz-funcionário e (ii) juiz-profissional, seguidamente aponta as vantagens e desvantagens de cada modelo.

De plano, convém alinhar o pensamento com o de Garapon na medida em que ele concebe a seleção de juízes como resultante das relações entre justiça e política. Estabelece, assim, dois modelos: o burocrático e o profissional.

No modelo burocrático, os juízes são escolhidos por concurso aberto a estudantes em geral, logo após o diploma universitário. A organização é hierárquica. A promoção, geradora inclusive de uma certa competição ao longo da carreira, se faz sobre a antiguidade e o mérito. No segundo, que podemos qualificar de aristocrático, os juízes são recrutados quando no meio de carreira, dentro de um pequeno número de advogados (*barristers*), para ocupar diretamente postos elevados que, na maioria dos casos, nunca mais deixarão. Este modelo desconhece quase sempre a hierarquia interna e, portanto, a promoção. (Garapon, 2001, p. 57)

Conforme já dito, para Zaffaroni, a experiência da Magistratura na tradição ocidental pode ser compreendida por meio de três modelos, o que repercute na qualificação exigível no momento da seleção. Embora produtos de momentos históricos diferentes (estágios da evolução política da Magistratura), cabe dizer que eles ainda subsistem nos dias atuais (daí sua importância). Metaforicamente, se fala na “contemporaneidade do não contemporâneo”, quer dizer, “como resultado de qualquer fenômeno de dinamismo institucional, em que subsistem instituições que já não têm seu sentido originário, mas que foram assumindo novas funções reais ou latentes”<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 3. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 110.

<sup>46</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos*. São Paulo: RT, 1995. p. 102.

Em primeiro lugar, surge o modelo empírico primitivo, no qual a seleção carece de nível técnico, tendendo para a arbitrariedade partidarizante. Nesse caso, o perfil do juiz será deteriorado, sendo insuficientes as condições de controle de constitucionalidade, segurança jurídica e independência judicial. Em geral, insere-se no contexto de países não democráticos ou com democracias instáveis<sup>47</sup>.

Em segundo lugar, tem-se o modelo tecno-burocrático, no qual se erradica a arbitrariedade seletiva, a fim de se garantir o nível técnico da Magistratura. Aqui a qualidade da prestação jurisdicional é melhor, embora mais formalizada. “O perfil do juiz não deixa de ser deteriorado, mas aqui com acentuada tendência à burocratização ‘carreirística’. A independência, no melhor dos casos, é apenas externa”<sup>48</sup>.

Em terceiro lugar, há o modelo democrático contemporâneo, no qual se preserva a seleção técnica com um melhor controle sobre os mecanismos seletivos. “O perfil do juiz tenderá para o de um técnico politizado (não partidarizado nem burocratizado). A independência é mais bem assegurada do que nos outros modelos, tanto externa quanto internamente”<sup>49</sup>.

Outra forma de ver a tipologia das seleções de magistrados é construída por Guarnieri. Para ele, há dois modelos básicos de recrutamento: o juiz-funcionário e o juiz-profissional. O primeiro está ligado com a tradição romano-germânica, em que os quadros da Judicatura são preenchidos por concursos públicos e o aprendizado da função se dá no próprio exercício desta, dado que o perfil do postulante é o jovem bacharel. Já o segundo, presente em países de *common law*, pauta-se na seleção de profissionais bem-sucedidos de outras carreiras jurídicas, *v.g.*, advocacia, com experiência profissional comprovada que lhe habilite a exercer a função jurisdicional<sup>50</sup>.

Ainda no exercício comparativo, a seleção, nos moldes do juiz-profissional, tem a vantagem de permitir uma avaliação mais duradoura de suas capacidades profissionais e de suas características psicológicas. Em compensação, apresenta como desvantagens o caráter clientelista, a disposição de bons candidatos

<sup>47</sup> Id., p. 102-103.

<sup>48</sup> Id., p. 103.

<sup>49</sup> Id., loc. cit.

<sup>50</sup> GUARNIERI, Carlo. El acceso a la magistratura: problemas teóricos y análisis comparado. In: JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael (Org.). *El Acceso a la Función Judicial: estudio comparado*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001. p. 23-36.

já integrada em outras carreiras a ingressarem na Magistratura, bem como reproduzir vícios profissionais da outra carreira, o que tende à homogeneização<sup>51</sup>.

Já o recrutamento, nos termos do juiz-funcionário, importa como vantagens a garantia de conhecimentos técnicos e evita ingerências externas. Em contrapartida, as desvantagens são a dificuldade em avaliar as condições reais de capacidade para o exercício jurisdicional, assim como há dificuldade em alcançar objetivos institucionais e um comportamento aproximadamente uniforme de seus membros<sup>52</sup>.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considera-se que o Brasil, na qualidade de país em desenvolvimento (ou Modernidade Periférica, como preferem alguns), possui desafios para se estabelecer dentro de um perfil de juiz brasileiro no Estado que se iniciou em 5 de outubro de 1988. Para dizer mais: as quatro instituições jurídicas basilares – Estado Democrático de Direito, soberania popular, separação de poderes e direitos fundamentais – devem ser pensadas dentro da realidade específica do Brasil contemporâneo.

Aqui se encontra o desafio de futuras pesquisas nesta área, porquanto o Brasil e, de certa forma, a América Latina apresentam as suas instituições derivadas da tradição ocidental aqui referida pelo próprio processo de colonização, bem como interferências e/ou influências posteriores em perspectiva comparada. Contudo, falta resposta satisfatória da doutrina jurídica aos inúmeros desafios postos por uma sociedade massificada, porém complexa e plural, como o é a brasileira. Uma mera importação de conceitos como pensados no berço do constitucionalismo não auxilia na função social da dogmática jurídica.

Sendo assim, tais quatro pilares do sistema estatal devem ser reconstruídos à luz da experiência hodierna brasileira, a fim de dar respostas socialmente adequadas e constitucionalmente consistentes à problemática que cerca a Magistratura e a atuação do juiz. É o que se conclui.

Demais disso, considera-se verificada a hipótese traçada em introito, a saber, pode-se falar em um perfil historicamente construído sobre a figura do magistrado no Estado Moderno. Todavia, a resposta parcial ora confirmada

---

<sup>51</sup> ROESLER, Claudia Rosane. O sistema de seleção e formação dos juízes na Espanha. 86 f. Relatório de Pós-Doutorado – Departamento de Filosofia do Direito da Universidade de Alicante. Alicante/Espanha, 2006. p. 11.

<sup>52</sup> Id., p. 12.

deve ser vista dentro da modulação dada pelos alertas já feitos também em introdução. O interessante é justamente as diferentes perspectivas que podem ser postas sobre esse mesmo perfil e o desenvolvimento deste para dar respostas a problemas jurídicas, assim como contribuir para o avanço de um saber igualmente jurídico.

