

Controle e adequação da atividade jurisdicional

Evidenciada a insuficiência das forças, por si sós, do Texto Constitucional e da democracia praticada no País para a promoção da plena inclusão e justiça social – tarefa ainda sobremaneira dificultada pelos efeitos deletérios das recentes reformas neoliberais –, algumas alterações no perfil do Poder Judiciário brasileiro em relação às temáticas direta ou indiretamente atinentes à questão criminal parecem dignas de nota.

A vigente Constituição – dadas suas características analíticas, seu arcabouço principiológico e seu viés programático em diversas áreas – vem permitindo, conforme mencionado, a judicialização de inúmeros temas de inspiração e matiz preponderantemente política. Tais questões judiciais têm ambiência não apenas no tribunal constitucional (Supremo Tribunal Federal), mas, em função do sistema de controle difuso adotado no Brasil, em todos os níveis de jurisdição.

Em prol dos interesses difusos, coletivos, metaindividuais ou indisponíveis dos cidadãos, já têm alcance significativo as ações civis públicas patrocinadas pelo Ministério Público e demais entidades legitimadas, não raro propostas em face de organismos estatais, em que temas afetos ao bem-estar social são discutidos e “resolvidos” em sede pretoriana. Aliás, grande parte desses temas resta solvida até mesmo em instância pré-jurisdicional, por meio de acordos ou “termos de ajustamento de conduta” celebrados pelos interessados junto, notadamente, ao Ministério Público, casos em que se reserva à jurisdição formal, quando invocada, o papel de instância homologatória ou de instrumento de execução. Mesmo a atuação das autoridades administrativas, dos agentes políticos, sujeita-se a um patamar de potencial controle jurisdicional nunca experimentado no passado, seja em razão do novo ordenamento vigente,²⁴⁰ seja pela institucionalização das entidades públicas e privadas de proteção aos

²⁴⁰ Por exemplo, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/1992), a Lei da Ação Civil Pública (Lei n.º 7.346/1985), o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/1990), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/1990), o Estatuto do Idoso (Lei n.º 10741/2003), a Proteção aos Portadores de Deficiência (Lei n.º 7.853/1989), o Estatuto da Cidade (Lei n.º 10.257/2001), a nova Lei Ambiental (Lei n.º 10.650/2003), a Lei Maria da Penha (Lei n.º 11.340/2006), entre outros diplomas cujos textos trazem diretrizes políticas oponíveis por meio judicial à própria ação ou omissão do Estado e seus agentes.

interesses da cidadania (mais uma vez com destaque ao Ministério Público em seu novo perfil constitucional), seja, ainda, pela conscientização e mobilização da mídia, dos agentes culturais e da sociedade civil.

A judicialização da política, não se duvida, encontra algum conforto na Constituição brasileira. Especialmente quando tem por objeto temas relacionados à cidadania, aos interesses e prerrogativas sociais, aos direitos humanos (incluindo a questão carcerária, pouco prestigiada no debate político-partidário). Todos esses casos ambientam a adoção de uma postura interpretativa mais ativa, por vezes mesmo *criadora* de normas.

É nesse contexto que, com maior frequência a cada dia, são encontradas ações civis públicas e propostos termos de ajustamentos de conduta que versam, de modo coletivizado, sobre estabelecimentos prisionais e as condições carcerárias, impondo ao Estado-administração uma série de *obrigações de fazer*.²⁴¹

Mas ao embalo desse protagonismo judicial existe o risco de abusos. Excessos se dão, não raramente, a partir de uma invocação forçada, distorcida ou banalizante do plexo principiológico e dos comandos programáticos contidos na Constituição, em geral sob o argumento de suposta imprestabilidade das normas infraconstitucionais ou de omissão do legislador ordinário. O trato jurisdicional de temas políticos, com efeito, não deve ser exercitado de modo seletivo, direcionado ou casuísta, ou sem observância, por motivo razoável, dos diplomas infraconstitucionais já postos no ordenamento pela atividade legislativa, cujos agentes, para tanto, são legitimados pelo mandato popular.

²⁴¹ Ao digitar os termos “justiça, interdição e cadeia” no *Google*, portal de buscas na *internet* (www.google.com.br), em 20/08/2010, aparecem nada menos do que 575.000 ocorrências. Para ficar apenas com as *cinco* primeiras, verificam-se *cinco* interdições de estabelecimentos prisionais diferentes *em menos de três meses*: i) 29 de junho de 2010: “G1 - Justiça determina interdição de cadeia em Florianópolis: Segundo promotor, carceragem era antiga residência e não tem estrutura [...]”; ii) 10 de agosto de 2010: “Justiça determina interdição de cadeia superlotada em Foz do Iguaçu: local tem capacidade para 152 mas abriga 325 detentos [...]”; iii) 10 de agosto de 2010: “PJ Chavantes Cidadania. Interdição Cadeia Feminina São Pedro do Turvo: o Ministério Público de Santa Cruz do Rio Pardo ajuizou ação civil pública pedindo a interdição parcial da Cadeia Feminina de São Pedro do Turvo. Há excesso de detentas e o espaço para abrigá-las torna-se inadequado”; iv) 22 de julho de 2010: “Justiça determina a interdição da cadeia pública de Paranaguá. Os motivos que levaram à interdição do local foram a superlotação e as más condições de higiene”; e v) 12 de agosto de 2010: “Após 2 meses e meio desde a interdição, Cadeia de Mirassol D'Oeste ... Após 2 meses e meio desde a interdição, a Cadeia Pública de Mirassol d'Oeste está com o dobro de detentos que a capacidade e continua em situação insalubre. O remanejamento exigido pela Justiça é lento e está longe de desafogar a unidade”.

Abusos nessa seara trazem uma série de inconvenientes. Em primeiro lugar, ao *criar* direito sem justa causa, o juiz estaria, destituído da necessária legitimação popular, usurpando função específica dos legisladores escolhidos pelo povo para essa tarefa. Em segundo lugar, o ato de gerar por meio da decisão judicial um direito novo para regular no caso concreto um fato pretérito, portanto incognoscível de antemão pelas partes, equivale a incrementar a insegurança jurídica e punir o sucumbente por um dever que não conhecia e não se sabia a tanto obrigado.²⁴² Daí por que, para usar as expressões de Klaus Günther, o descobrimento ou a busca por normas implícitas pelo juiz não deve derivar nem de arbitrariedade²⁴³ nem de uma “intenção legislativa usurpadora”.²⁴⁴

Mas não é só: o abuso “discricionário” do julgador dá margem à pior das vicissitudes judiciais conhecidas pela praxe forense, aquela que se costuma chamar de “justiça lotérica”²⁴⁵. Isto é, na ausência de uma maior vinculação ao ordenamento infraconstitucional, a postura de intérprete livre, direto e original da Constituição assumida pelos julgadores, faz com que os jurisdicionados, independentemente da questão fática a ser analisada, fiquem ao sabor da “sorte” de seu caso ser submetido ao juízo *a*, *b* ou *c*, uma vez que cada qual tem uma solução diversa para a questão de direito posta. Não se está aqui a falar de variações interpretativas próprias da atividade humana, que se submetem ao signo da razoabilidade, obradas dentro de uma zona delgada de discricionariedade; o que ora se cogita é o problema das decisões contraditórias que seguem em extremos opostos e que, lamentavelmente, não são tão raras quanto se poderia esperar. Um mesmo caso, uma mesma questão de direito, gerando decisões absolutamente díspares, revelando a utilização de um amplo e irrazoável campo ao argumento da discricionariedade.

²⁴² Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 132.

²⁴³ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004. p. 410.

²⁴⁴ Entretanto, há um ente que, quando demandado judicialmente, pode, validamente, em determinadas situações, ser surpreendido e onerado por decisão judicial criadora de norma: o poder público, ou seja, o Estado-Administração. A ordem contra ele dirigida pelo Estado-Juiz, desde que nos limites de sua competência, tem seu fundamento de validação e poder assentado no mesmo grau constitucional. E, ainda antes deste, na noção de unicidade do poder soberano estatal.

²⁴⁵ Em sentido assemelhado, Eduardo Cambi difunde a expressão “jurisprudência lotérica” (CAMBI, Eduardo. *Jurisprudência Lotérica*. In.: Cidadania e Justiça, Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros, nº11, 2º semestre de 2001. p. 193-211).

A “justiça lotérica” esconde uma face ainda mais perversa. O alargamento das balizas no campo da discricionariedade pode levar ao uso da decisão judicial como escoadouro ideológico do julgador, ou seja, a uma politização de um ato decisório que deveria se lastrear prioritariamente em regras, princípios e argumentos de direito. E isso, num ambiente de extrema desigualdade social, pode prestar-se a aprofundar ainda mais o abismo e a exclusão social.

Ou seja, a atividade judicial cotidiana, com frequência muito maior do que o tolerável, termina por concretizar-se a partir de uma atuação discricionária ampliada de um agente estatal (quando não arbitrária, inclusive por carência motivacional), interferindo em uma realidade que lhe é estranha (ou mesmo repulsiva), mediante a utilização de parâmetros inadequados e inábeis a embasar seu ato decisório.

Ao abordar o excesso de discricionariedade na aplicação da lei na América Latina, Guillermo O’Donnell pontifica:

[...] a aplicação discricionária, e amiúde excessivamente severa, da lei aos fracos pode ser um eficiente meio de opressão. O lado oposto disso são as múltiplas maneiras pelas quais os privilegiados, seja diretamente, seja por meio de ligações pessoais apropriadas, se isentam de cumprir a lei. Na América Latina há uma longa tradição de ignorar a lei ou, quando ela é acatada, de distorcê-la em favor dos poderosos e da repressão ou contenção dos fracos.²⁴⁶

Não bastasse a baixa efetividade da lei e a desigualdade do tratamento dispensado pelos órgãos estatais de execução e de jurisdição às diferentes camadas sociais, há ainda o problema do próprio acesso à Justiça, cuja morosidade e onerosidade²⁴⁷ mantêm o cidadão mais carente longe da tutela de seus direitos e garantias fundamentais, embora sempre ao alcance da jurisdição criminal.

Assim, a análise da atividade jurisdicional revela-se um eficaz instrumento para identificar e distinguir os incluídos e os excluídos do sistema. A horda dos *sem-justiça* normalmente coincide com a parcela populacional que mais carece dos atributos da cidadania em geral. De outro lado, a ideia de que a Justiça

²⁴⁶ O’DONNELL, Guillermo. Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina: uma conclusão parcial. In: MÉNDEZ, Juan E.; O’DONNELL, Guillermo; PINHEIRO, Paulo Sérgio (Orgs.). *Democracia, violência e injustiça: o não-Estado de Direito na América Latina*. Trad. Ana Luiz Pinheiro. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 345/346.

²⁴⁷ Cf. exposto no item 4.1, *retro*, a morosidade e a onerosidade da Justiça são os problemas mais destacadamente apontados pelos jurisdicionados.

somente socorre as elites, aceita praticamente como verdade global, ganha contornos dramáticos num ambiente de desigualdade abissal, em que os privilegiados, quantitativamente, representam uma parcela ínfima da população.²⁴⁸

Limites à ampla discricionariedade dos agentes públicos, atuação efetiva dos órgãos de controle da atividade policial e de orientação dos agentes vinculados ao aparato jurisdicional (conselhos nacionais, corregedorias, escolas superiores), mecanismos de uniformização da atuação de campo e da formação da jurisprudência, cuidados especiais²⁴⁹ sobre aspectos de formação ética e moral dos agentes públicos que operam o direito (delegados, juízes, promotores, advogados públicos), principalmente se acompanhados de um imprescindível aperfeiçoamento daquela parcela da legislação que mantém inspiração, herança ou traços discriminatórios, podem revelar medidas essenciais à diminuição da desigualdade judicial.

5.1

Controle de discricionariedade: imperativo motivacional e publicização

Seguindo com a proposta de Facchini Neto, para efeito prático, na medida em que se reconhece a dificuldade em se harmonizar o discurso teórico sobre a natureza (constitutiva ou declaratória) do ato judicial de interpretação do ordenamento, parece ser “[...] mais produtivo discutir sobre os limites de tal criatividade e sobre técnicas que permitam restringir tanto quanto possível os efeitos da subjetividade, embora sem pretender sua total eliminação”.²⁵⁰

²⁴⁸ Cf. GARRERON, Manoel Antonio et al. *América Latina no Século XXI: em direção a uma mudança de matriz*. Rio de Janeiro: FGV, 2007. p. 106.

²⁴⁹ Não só no processo seletivo, mas em todas as etapas da carreira, em especial, em sua fase de formação e estágio probatório.

²⁵⁰ FACCHINI NETO. Eugênio. O juiz não é só o direito (ou A função jurisdicional e a subjetividade). In: ZIMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Orgs.). *Aspectos psicológicos da prática jurídica*. Campinas: Millennium, 2002. p. 411. No mesmo sentido, aponta Bráulio César da Silva Galloni: “[...] a criatividade jurisdicional (de direitos e de valores) é, ao mesmo tempo, inevitável e legítima, e o problema real e concreto é o da medida de tal criatividade, portanto, das restrições, tanto para a jurisdição em geral quanto para a jurisdição constitucional de modo particular” (GALLONI, Bráulio César da Silva. *Hermenêutica constitucional*. São Paulo: Pillares, 2005. p. 116).

Nesse sentido, à luz da realidade judicial brasileira, alguns ajustes e aperfeiçoamentos de técnicas já conhecidas podem ser considerados, tendo-se sempre por base o imperativo motivacional das decisões consagrado na Carta Cidadã.

O inciso IX do art. 93 da Constituição da República é eloquente:

[...] todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

O dispositivo em questão traz dois elementos fundamentais ao controle de excessos ou arbitrariedades judiciais: a *motivação* e a *publicidade* das decisões.

Ora, para fins de maior eficácia do controle discricional da atividade judicante, afigura-se lógico que sejam incrementadas medidas nessas duas vertentes (as quais, como se verá, em alguma medida, intercomunicam-se). De um lado, a exigência de aprimoramento dos parâmetros e das técnicas de fundamentação das decisões; de outro, seu franqueamento máximo, tornando-as efetiva – e não apenas potencialmente – acessíveis ao *público em geral*.²⁵¹

É evidente que – até por razões subjetivas próprias à vaidade humana – quão maior for a possibilidade de um mesmo órgão ter suas decisões questionadas, tachadas de contraditórias ou incoerentes ante outras decisões em casos assemelhados, mais zelo e cuidado terá essa fonte deliberativa ao proferir suas decisões. A ampla publicização e a acessibilidade aos atos decisórios podem propiciar, nesse sentido, um importante fator não só de controle externo, mas também, reflexamente, de *autocontrole*.

Tal ampliação há de levar, de modo inexorável, à harmonização e ao encadeamento dos julgados uns aos outros, reforçando a coerência, não só em relação à hierarquia das instâncias jurisdicionais, mas também entre si, no plano horizontal. Em outras palavras, dadas as características massificadas da jurisdição atual, impõe-se reconhecer, tanto quanto possível, o prestígio e a força dos

²⁵¹ Afinal, tal como aponta Fátima Nancy Andriighi, Ministra do Superior Tribunal de Justiça, “quem tem certeza da correção de suas decisões não deve temer divulgá-las, não somente ao homem de ciência, como ao mais simples dos cidadãos” (ANDRIGHI, Fátima Nancy. Pela Compreensão da Justiça. Disponível em: <http://www.amb.com.br/?secao=campanha_juridiques>. Acesso em: 01.04.2010.

precedentes, mesmo em ordenamentos – como o brasileiro – fundados na *civil law*.

Com efeito, a massificação das relações jurídicas e o protagonismo judicial hodierno fazem com que o movimento forense no Brasil, acompanhando tendência mundial, apresente números jamais vistos. Não bastasse o crescimento quantitativo das demandas tradicionais, novos perfis de relações jurídicas hoje são debatidas em juízo, incluindo a judicialização de lides antes tidas por “reprimidas” e de temas de cidadania que passaram a se integrar à esfera da mediação judicial, após a redemocratização do país. No campo penal, como visto em tópico anterior, a partir do neoliberalismo, optou-se (ineficazmente) pela hipertrofia dos mecanismos de criminalização em detrimento ao combate das causas sociais dos atos tidos por ilícitos. Enfim, o mister judicial, num tempo em que coexistem relações jurídicas modernas e pós-modernas, exige que a cada dia os operadores jurídicos se reinventem em sua prática profissional, louvando-se de novos mecanismos para dar vazão aos autos processuais que aportam aos borbotões em suas mesas de trabalho.

Para atender às demandas em massa, geram-se processos em massa, dando azo a decisões em massa, as quais desafiam recursos em massa.

Novas varas judiciais, organismos de advocacia pública e privada, promotorias e departamentos de apoio judicial são criados seguidamente; competências e atribuições relacionadas à atividade jurisdicional sofrem subdivisões; segmentam-se os temas jurídicos. Prestigia-se, em suma, a *especialização* como mecanismo de aumento de produtividade.

Seguindo em paralelo, a evolução dos recursos de informática cumpre seu papel de encurtar distâncias e recalibrar o tempo. Faz com que os dados sejam transmitidos em frações de segundos, reduz os “retrabalhos”, organiza as informações e disponibiliza preciosas ferramentas para armazenamento e resgate dos atos processualizados. Há tecnologia suficiente para permitir que seja consultada, de modo simples e rápido, qualquer peça ou atermção processual, qualquer dado sobre um sujeito do processo ou sobre um organismo da atividade jurisdicional. Além do mais, cada operador do sistema judicial mantém ao alcance de alguns cliques um banco de dados próprio, relacionado à sua pessoal produção laborativa.

No meio jurídico, nessa quadra informatizada, as peças-modelo²⁵² ambientam-se em uma nova dimensão pródiga em ferramentas.

E o fato é que elas – as novas ferramentas da informática – são absolutamente indispensáveis para que se tenha uma produção minimamente compatível com a demanda existente na prática forense hodierna.

Quando um profissional jurídico mais especializado, em meio a seu ofício, tem em mãos determinados autos processuais para manifestação (seja para postular, opinar ou decidir), tão logo se inteira sobre os principais contornos do assunto, normalmente busca verificar, em seus arquivos eletrônicos ou outros bancos de dados, a existência de uma manifestação anterior em um caso assemelhado. Procura-se logo por um modelo, uma matriz em que se possa diminuir o tempo necessário para expressar seu posicionamento jurídico no caso que se lhe apresenta. Ou seja, até por razões de ordem prática (ou especialmente por elas), dá-se a procura por um *autoprecedente*.

O precedente, como gênero, pode ser distinguido em três espécies – vertical, horizontal²⁵³ e autoprecedente –, todas destinadas a funcionar como *critério interpretativo*²⁵⁴ para a solução de determinado caso ou questão.

O *precedente vertical*, seja ele vinculante ou não, relaciona-se à invocação dos argumentos lançados em caso análogo decidido por órgão hierarquicamente superior. Funciona como um vetor de uniformidade e economia do sistema. No caso de decisão superior vinculante, tem ela força motivacional argumentativa similar à da lei. Quando não é dotada de caráter vinculante, assume o papel de *razão de autoridade*²⁵⁵ em relação ao ato argumentativo de fundamentação que o invoca. De um modo ou de outro, revela respeito à jurisprudência emanada dos órgãos hierarquicamente superiores.

Já o precedente horizontal, soa óbvio, “*consiste en el recurso al precedente de outro órgano del mismo nivel jerárquico que el que adopta la decisión*”.²⁵⁶ Embora com força persuasiva inferior ao precedente hierárquico, o precedente horizontal funciona também como instrumento de uniformização do sistema,

²⁵² Ou “chapas” no jargão forense, cuja origem não é propriamente uma novidade.

²⁵³ O precedente horizontal, conforme se propõe adiante, pode ser subdividido em exógeno ou endógeno.

²⁵⁴ ABELLÁN, Marina Gascón; FIGUEROA, Alfonso García. *La argumentación en el derecho*. 2. ed. Lima: Palestra Editores, 2005. p. 207 e seguintes.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 215.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 215.

revelando preocupação por parte dos intérpretes em relação à integração do conjunto de deliberações, sendo aceitos e encampados os argumentos da solução dominante sobre determinado tema. Significa, portanto, o respeito e a reprodução da doutrina produzida por órgãos homólogos.²⁵⁷

Menos lembrado, e talvez mais fundamental aos dias de hoje, é a figura do *autoprecedente*, isto é, a invocação de soluções anteriores, em casos semelhantes, por parte de um mesmo intérprete ou órgão decisor.

Segundo José Renato G. Cella:

[o autoprecedente] não atende a nenhuma consideração de ordem hierárquica (precedente vertical) e tampouco a virtude corporativa de aceitação dos critérios majoritários (precedente horizontal), mas se constitui exclusivamente numa regra de racionalidade cujo único fundamento reside na exigência de justiça formal que se traduz no requisito de universalização.²⁵⁸

O princípio ou critério da *universalização* – em que a solução de determinado caso deve funcionar como lei universal para os futuros casos idênticos – tem sua tradução jurídica concretizada exatamente na noção de precedente.²⁵⁹ No caso do autoprecedente, o critério de universalidade apresenta-se, para efeito de argumentação do aplicador, tanto com os olhos voltados ao passado como projetados para o futuro. Em relação ao passado, tem o sentido de induzir a solução do caso presente do mesmo modo como foi solucionado um anterior que lhe é assemelhado. Porém, também se projeta para o futuro, aumentando a responsabilidade na decisão do caso presente na medida em que indica a disposição de se utilizar dos mesmos critérios para a solução dos casos

²⁵⁷ Em relação à coerência decisional e contenção da “loteria jurisdicional”, há ainda uma situação pouco abordada, mas que merece alguma reflexão. Trata-se da hipótese – cuja ocorrência prática é extremamente comum – relacionada à sucessão de agentes jurídicos públicos (juiz, promotor, defensor, etc) que atuam como representantes de um determinado órgão. Ou, ainda, o caso de multiplicidade de agentes vinculados a um mesmo órgão (juízo, promotoria, etc), aqueles entre si com igual atribuição ou competência. Observe-se que, em razão da garantia de independência funcional – em geral ínsita a esses profissionais –, a invocação de solução ou manifestação feita por agente antecessor ou coatribuído que atua no mesmo órgão aproxima-se muito daquilo que se entende por precedente horizontal, embora sejam inegavelmente mais fortes – e com maior poder de vinculação moral – as razões de coerência, integridade e universalização no interior de um mesmo órgão do que as entre órgãos distintos de uma mesma hierarquia. Nesses casos – sucessão ou contribuição funcional num mesmo órgão – é possível qualificar o mecanismo, conforme a ótica, de *precedente horizontal endógeno* ou *autoprecedente orgânico*.

²⁵⁸ CELLA, José Renato G. *Controle das decisões jurídicas pela técnica do auto-precedente: lógica deontica paraconsistente aplicada em sistemas especialistas legais*. UFSC, 2008. Tese de Doutorado. Disponível em: <<http://www.tede.ufsc.br/teses/PDPC0910-T.pdf>>. Acesso em: 26.04.2010.

²⁵⁹ ABELLÁN, Marina Gascón; FIGUEROA, Alfonso García. *La argumentación en el derecho*. 2. ed. Lima: Palestra Editores, 2005. p. 217.

similares que porventura vierem a ocorrer. Isto é, tem-se a linha do tempo vista em suas duas direções: a solução do caso presente a guardar congruência com os do passado e a influenciar os posicionamentos futuros.

Vê-se que a utilização de precedentes como argumento de decisão vai ao encontro do ideal de segurança jurídica. Atende à ideia de *romance em cadeia*,²⁶⁰ cunhada no pós-positivismo de Ronald Dworkin, tão em voga no universo jurídico atual.

A técnica da referenciação expressa ao autopercedente assume especial importância nos casos limítrofes, em que o intérprete transita por uma zona cinzenta entre posicionamentos extremos (por exemplo, a concessão ou não de liberdade provisória ao preso nas situações em que a necessidade da manutenção da custódia se apresenta fronteira). Ou seja, naquelas decisões que podem variar de um dia para o outro, de uma hora para outra, de um estado de espírito para outro, às vezes até, como já se disse, “em função do que o intérprete comeu ou deixou de comer no café da manhã”. Assim, a autovinculação moral gerada pelo autopercedente, além de blindar o jurisdicionado de uma “justiça lotérica” – incoerente, dependente da sorte, e não da técnica –, protege o intérprete de si próprio, de seus lapsos de memória, de suas flutuações jusfilosóficas ou das alterações passageiras em seu estado de espírito.

Na prática jurídica brasileira, entretanto, a invocação expressa a precedentes parece ser prerrogativa exclusiva dos órgãos colegiados. Contudo, não deveria ser assim. Com a evolução tecnológica e o aparelhamento já existente na estrutura judiciária nacional, nada impede que tal prática se espraie para todos os órgãos jurisdicionais, inclusive ou especialmente os monocráticos que figuram na base da jurisdição.

Para que esse mecanismo autorreferencial possa atingir plenamente os objetivos de coerência e universalidade, importante é que, cada vez mais, os órgãos agentes mantenham organizados e disponíveis ao público um banco de dados oficial, viabilizando a consulta a qualquer tempo e por qualquer um às peças e decisões produzidas.

Com isso pode ser minorado, enfim, o risco da absurda “justiça lotérica”, marcada pela falta de previsibilidade, em que a discricionariedade se transforma

²⁶⁰ Cf. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

em arbítrio, e a multiplicidade de decisões em casos análogos, no mais das vezes, é fruto de subjetivismos, favorecimentos ou discriminações instintivos e inconfessos.

5.2

Posturas interpretativas: adequabilidade em razão da matéria

Carlos María Cárcova anota:

Os princípios constitucionais que consagram “positivamente” garantias negativas (que concernem à liberdade) e positivas (que concernem à igualdade) são construções históricas, incorporadas ao estado de direito e ao funcionamento de uma sociedade democrática [...]. [Mas] não se trata de pensar os direitos fundamentais como valores trans-históricos, imutáveis ou de qualquer forma petrificados. Trata-se, isto sim, de pensá-los como aquisições humanas incorporadas de forma imanente ao pacto de sociedade que o modelo democrático e a forma histórica do Estado de Direito envolvem. Pôr em crise sua hierarquia normativa significa o mesmo que pôr em crise aquele pacto.²⁶¹

Nessa linha, o sistema penal brasileiro, a partir da principiologia consagrada na Constituição Cidadã, aponta que *algumas áreas jurídicas em especial* estão a exigir uma postura de maior vigília por parte dos agentes de jurisdição, em máxima sintonia com os ideais de equidade, uniformidade, coerência, segurança e previsibilidade. Em suma, temas que reclamam uma atuação menos *particularista*.

Quando se trata, por exemplo, de hipóteses envolvendo prisões cautelares ou questões relacionadas à execução de pena – em jogo a liberdade individual mais fundamental –, parece ser especialmente adequada uma postura mais formalista para análise dos aspectos e requisitos de legalidade relacionados ao título prisional, bem como às condições e aos direitos do apenado. As formalidades legais que envolvem qualquer tipo de constrição da liberdade individual deveriam, pois, ser de observação o mais rigorosa possível, sob pena de transmutarem-se em coação ilegítima.

Para ilustrar o que pode retratar uma inconciliável amplitude discricional nesses casos, seguem duas decisões judiciais contendo entendimentos diametralmente opostos, embora oriundas do mesmo Tribunal: numa delas, em

²⁶¹ CÁRCOVA. Carlos María. *Direito, política e magistratura*. Trad. Rogério Viola Coelho e Marcelo Ludwig Dornelles Coelho. São Paulo: LTr, 1996. p. 178.

decisão unânime, a falta de assinatura no auto de prisão em flagrante de um dos envolvidos foi considerada causa nulificadora, ausência de formalidade essencial, redundando na concessão da ordem de *Habeas Corpus* corretivo, com a liberação do preso, já que a oposição das respectivas assinaturas, segundo o voto condutor da relatoria, “visa assegurar a veracidade do conteúdo dos depoimentos, dando-se ciência ao declarante do que restou transcrito de suas próprias declarações. A falta de assinatura do acusado, sem qualquer justificativa, torna ilegítima a prisão”,²⁶² já em outro *Habeas Corpus*, cuja ordem foi denegada, em julgamento também unânime, entendeu-se que o mesmo fato não invalida o auto prisional, sendo registrado no voto condutor que “a ausência de assinatura dos acusados, do escrivão, da autoridade policial e das testemunhas constitui mera irregularidade formal, incapaz de ensejar a nulidade pretendida”.²⁶³

Indo para o outro polo, há ainda a possibilidade de se admitir que, em se tratando de decisão que envolva interesses patrimoniais diretos do Estado, possa assumir o intérprete uma postura menos formalista, com maior liberdade de acesso aos (e invocação dos) objetivos subjacentes das regras aplicáveis. Como exemplo, pode ser apontado o tratamento quanto a sanções de natureza pecuniária, mesmo em sede de Direito criminal. Ante a constatação, à luz de algum dado concreto do processo, de que foram atingidos os propósitos sancionatórios da norma (no exemplo da multa penal, o objetivo precípua não é o de arrecadação ao erário, mas sim de repreensão ao infrator), seria possível justificar decisões que, contendo motivação expressa, ampliem hipóteses de isenção ou perdão judicial. Isso porque, com efeito, soa mais aceitável admitir algum grau de insegurança jurídica quando em “desfavor” do poder público, surpreendido por uma interpretação de *um outro* organismo oficial, até mesmo por conta da ideia de *unidade* do poder soberano estatal (cujo exercício é apenas distribuído em

²⁶² Cf. MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. 2ª Câmara Criminal. *Habeas Corpus* n.º 1.0000.05.423967-8/000(1), j. 11.08.2005.

²⁶³ Cf. MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. 5ª Câmara Criminal. *Habeas Corpus* n.º 1.0000.09.493753-9/000(1), j. 28.04.2009. Uma análise positiva sobre o “mérito da constrição”, ou seja, sobre a necessidade da prisão, pode acabar contaminando uma decisão cujo objeto deveria se ater à análise da legalidade formal do ato prisional. E não deveria ser assim. Havendo ilegalidade no constrangimento ambulatorial, deve ela ser sanada, *relaxando-se o flagrante*, remanesecendo possível, sendo o caso, por meio de decisão fundamentada, a decretação pelo órgão judicial competente da *prisão preventiva* do acusado (nesse sentido: “A concessão da ordem de *habeas corpus* para relaxar uma prisão em flagrante ilegítima não obsta a decretação, pelo Juízo competente, da prisão preventiva, se presentes os requisitos para a custódia cautelar descritos no artigo 312 do Código de Processo Penal. Ordem concedida”. MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. 5ª Câmara Criminal. *Habeas Corpus* n.º 1.0000.08.480738-7/000, j. 30.09.2008).

repartições funcionais). Ou, dizendo de outra maneira, parece viável propor que nesse campo se reconheça maior legitimidade em posturas judiciais mais ativas, ou, porque não dizer, com vieses corretivos e igualitários.

Em suma, o campo de discricionariedade, sendo bem utilizado, pode corrigir distorções e servir de vetor de equalização substancial; se mal trabalhado, aprofunda as iniquidades e, se usado de modo excessivo ou sem critérios, transmuta-se em arbitrariedade e usurpação ilegítima de poder alheio.

Daí por que, além da busca por parâmetros virtuosos e corretivos por parte do próprio agente decisor para informar e parametrizar suas escolhas discricionais, devem ser utilizados mecanismos externos para conter eventuais abusos e arbitrariedades (subjetividade excessiva). Nesse sentido, uma possibilidade é o incremento das chamadas *regras de prioridade*,²⁶⁴ ou “diretivas de primeiro grau”, que, na expressão de Adrian Sgarbi, revelam especificações contidas no próprio instrumento normativo quanto ao modo de interpretar determinadas disposições.²⁶⁵

Além disso, seguindo por outras frentes, podem ser positivadas hipóteses de *reexame necessário* pela instância superior sobre as decisões nas matérias mais sensíveis proferidas pelos órgãos inferiores, como já acontece, por exemplo, em algumas questões cíveis envolvendo prejuízo ao erário. E, ainda, na esteira da proposta habermasiana,²⁶⁶ avaliação sobre a conveniência de se instituir algum tipo de referendo pelo “órgão responsável pelo desenho institucional” por sobre as diretivas secundárias que se pretendam vinculantes.²⁶⁷

Na outra ponta, nos ambientes em que a segurança jurídica e a previsibilidade são mais caras e inalienáveis, o que parece importante é que se busque um enrijecimento dos sistemas primário e secundário de diretivas, inibindo, na medida do possível, posturas próprias a um particularismo extremado, rumo ao grande desafio de coibir, como dito, os abusos e excessos perpetrados em nome de uma suposta liberdade interpretativa, ou seja, refreando-

²⁶⁴ Cf. ABELLÁN. Marina Gascón; FIGUEROA, Alfonso García. *La argumentación en el derecho*. 2. ed. Lima: Palestra Editores, 2005, p. 207 e seguintes.

²⁶⁵ SGARBI, Adrian. *Teoria do direito* (primeiras lições). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 562.

²⁶⁶ Cf. item 2.4, *supra*.

²⁶⁷ Ademais, não se pode ter como absurda eventual previsão constitucional que confira ao parlamento algum poder de controle meritório sobre as súmulas vinculantes editadas pela Corte Constitucional, tal como ocorre, mudando o que deve ser mudado, com as medidas provisórias oriundas do Executivo.

se as arbitrariedades, as iniquidades e a invocação banalizante dos princípios. Em outras palavras: conter a hipertrofia ilegítima e antidemocrática do poder diccional do Direito assumido por determinados atores oficiais em detrimento da intenção contida nas normas fundantes, o que, aliás, parece traduzir um dos traços mais marcantes de grande parte dos problemas encontrados na prática jurídica contemporânea.²⁶⁸

A busca incessante por mecanismos destinados ao aperfeiçoamento da ordem jurídica, inclusive na atividade jurisdicional, deve traduzir objetivo indesviável ao estudioso do Direito. Em especial quando – tal como ocorre no Brasil de hoje – em voga um *ativismo judicial* desordenado, no qual, com incrível frequência, os princípios são desnaturados, travestidos em regras, invocados de modo deturpado²⁶⁹ para assumir o papel de panaceia motivacional e, não raro, apresentando-se como meros disfarces às preferências metajurídicas do agente decisor.

5.3

Democratização e humanização da Justiça

Boaventura de Sousa Santos, após constatar que a atividade jurisdicional nunca assumiu tão forte protagonismo como hoje, aproxima-se em grande medida das fileiras habermasianas, ao asseverar:

[o protagonismo judicial] parte da idéia de que as sociedades assentam no primado do Direito, de que não funcionam eficazmente sem um sistema judicial eficiente, eficaz, justo e independente. E, conseqüentemente, que é preciso fazer grandes investimentos para que isso ocorra, seja na dignificação das profissões jurídicas e judiciárias, na criação de modelos organizativos que tornem o sistema judiciário

²⁶⁸ Com efeito, sob o manto de um suposto purismo técnico (cuja imagem se vende como superior e descolada de um corpo político-profissional desgastado e em crescente processo de desmoralização), assiste-se a uma paulatina transferência de parâmetros decisórios a agentes que, tamanha a liberdade para torcer e retorcer o conteúdo das regras ao sabor de convicções subjetivas, terminam, eles próprios, por utilizar razões personalíssimas, políticas ou morais (não raro discriminatórias ou emocionais), sem a devida legitimidade ou mandato popular para tanto. A partir do modelo *cada-cabeça-uma-sentença*, atingem os píncaros a insegurança jurídica, a instabilidade, a imprevisibilidade, a surpresa, os privilégios, as perseguições, a desigualdade judicial, ou, para resumir, a vileza da “justiça lotérica” e a torpeza da “justiça de exceção”.

²⁶⁹ Nada mais enconstrução nas manifestações processuais dos dias atuais, para efeito de fundamentação, nem sempre com o devido foco ou pertinência, do que invocações lançadas de modo generalizante, envolvendo princípios de amplo espectro, como o da “supremacia do interesse público”, da “razoabilidade” ou o da “proporcionalidade”.

mais eficiente, nas reformas processuais ou na formação de magistrados e funcionários.²⁷⁰

Com efeito, embora sejam relevantes os instrumentos de uniformização e harmonização da produção jurisdicional, já que a atividade é exercida de maneira difusa em todo o território nacional, não basta a reforma ou a racionalização processual para fins de contenção das iniquidades, incoerências e abusos.

O movimento de aproximação do Judiciário aos destinatários de sua atividade tem que se dar, na esteira da avaliação de Sousa Santos, de modo multivetorial. Do ponto de vista da reengenharia normativo-institucional, por exemplo, o incremento da jurisdição itinerante – levando o órgão judicante aos locais e comunidades mais distantes e carentes do País – e o investimento nos juzizados especiais, ideados na Carta Cidadã para dar vazão às demandas reprimidas, de modo menos oneroso e mais ágil, têm se mostrado mecanismos eficazes para a facilitação do acesso ao Judiciário.

Além de um aporte instrumental que viabilize o acesso efetivo do público aos julgamentos em geral – inclusive pela disponibilização dos bancos de dados oficiais através de veículos populares, como a *internet* (cf. Capítulo 4, *retro*) –, um movimento de modernização da linguagem jurídica pode contribuir para facilitar a compreensão do verdadeiro conteúdo da atividade judicial. Aliás, para o resgate da confiança da população no Poder Judiciário, impõe-se essa aproximação comunicacional, simplificando-se a linguagem jurídica, até porque “ninguém valoriza o que não entende”.²⁷¹

Conforme avalia Lourival de Jesus Serejo Sousa, Juiz de Direito da Comarca de São Luís-MA, “sem o atributo da clareza, o estilo judicial se perde nas dobras da vaidade e do narcisismo do seu autor e acaba prejudicando a entrega da prestação jurisdicional”. Para o magistrado maranhense:

²⁷⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007. p. 15. O professor conimbricense apresenta alguns vetores que, a seu juízo, necessariamente devem ser trabalhados para que ocorra uma verdadeira “revolução” democrática na Justiça: necessidade de reforma processual; melhoria do acesso à Justiça; reorganização institucional; nova formação dos magistrados; nova concepção de independência judicial; maior aproximação com os movimentos sociais e maior transparência junto à mídia e ao poder político; e cultura jurídica democrática, e não corporativa.

²⁷¹ A expressão é de Rafael Infante Faleiros, Juiz de Direito da Comarca de Franca-SP, lançada no texto intitulado “Embargos de Declaração”, trabalho vencedor do concurso “Pela simplificação da linguagem jurídica”, lançado pela Associação dos Magistrados do Brasil (AMB), na Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV), no Rio de Janeiro (FALEIROS, Rafael Infante. Embargos de Declaração. Disponível em: <http://www.amb.com.br/?secao=campanha_juridiques>. Acesso em: 01.04.2010).

A preocupação com o estilo judicial acentuou-se nos últimos anos em decorrência da constatação de que o acesso à justiça não tem um significado apenas processual, mas deve ser visto em sua inteireza de direito fundamental. Não se pode falar em acesso à justiça mantendo-se a população distante das decisões judiciais pela barreira da linguagem hermética e pedante, longe da compreensão razoável e compatível com a escolaridade média do povo brasileiro. Até o réu que está sendo condenado precisa compreender os motivos da sua condenação. É um direito de quem está sendo acusado compreender os termos da acusação. Se o juiz constitucionalmente decide em nome do povo, não pode usar uma linguagem inacessível ao destinatário de suas decisões nem esconder-se atrás da cortina de termos pretensiosamente técnicos para aplicar a lei.²⁷²

Em paralelo, no que diz respeito ao capital humano, ou seja, à formação do agente de jurisdição, sua evolução cultural deve derivar de uma verdadeira revolução no ensino jurídico, a qual, segundo Boaventura de Sousa Santos, deve ser iniciada desde a graduação universitária:

O paradigma jurídico-dogmático que domina o ensino das faculdades de direito não tem conseguido ver que na sociedade circulam várias formas de poder, de direito e de conhecimentos que vão muito além do que cabe nos seus postulados. Com a tentativa de eliminação de qualquer elemento extra-normativo, as faculdades de direito acabaram criando uma cultura de extrema indiferença ou exterioridade do direito diante das mudanças experimentadas pela sociedade. Enquanto locais de circulação dos postulados de dogmática jurídica, têm estado distantes das preocupações sociais e têm servido, em regra, para a formação de profissionais sem um maior comprometimento com os problemas sociais. [...] Em regra, o ensino jurídico até hoje praticado [...] parte do pressuposto de que o conhecimento do sistema jurídico é suficiente para a obtenção de êxito no processo de ensino-aprendizagem. A necessária leitura cruzada entre o ordenamento jurídico e as práticas sociais é ignorada, encerrando-se o conhecimento jurídico e, conseqüentemente, o aluno, no mundo das leis e dos códigos. [...] Penso que a educação jurídica deve ser uma educação intercultural, interdisciplinar e profundamente imbuída da ideia de responsabilidade cidadã [...].²⁷³

A toda evidência, preocupações semelhantes merecem ser levadas a sério também no processo de seleção dos novos agentes de jurisdição, sistema, aliás, que “[...] deve ser aberto a todos os extratos da população, mesmo se inevitáveis certos requisitos de educação”.²⁷⁴

Sensível a esse contexto, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Resolução n.º 75/2009 (aplicável aos concursos de ingresso em todos os ramos

²⁷² SOUSA, Lourival de Jesus Serejo. A Clareza da Linguagem Judicial como Efetivação do Acesso à Justiça. Disponível em: <http://www.amb.com.br/?secao=campanha_juridiques>. Acesso em: 01/04/2010.

²⁷³ SANTOS. Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007. p. 71-76.

²⁷⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 105.

da magistratura nacional), determinou a inserção, nas provas de concursos para ingresso na Magistratura, de questões relacionadas à “formação humanística” (cf. artigo 47, I, da Res. n.º 75/2009), com vieses marcadamente interdisciplinares. É o que se vê pormenorizado no “Anexo VI” do referido ato normativo, onde são contemplados os programas de Sociologia do Direito, Psicologia Judiciária, Ética, Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito e da Política.²⁷⁵ Outras carreiras jurídicas, como o Ministério Público, vêm seguindo a mesma tendência.²⁷⁶

Ao lado de uma nova formação universitária e das vigentes exigências para o ingresso nas carreiras vinculadas à função jurisdicional, é importante que se oportunize o aprimoramento de seus membros atuais em relação aos mesmos saberes interdisciplinares, o que pode se concretizar especialmente através de suas respectivas escolas institucionais.

²⁷⁵. O Anexo VI da Resolução CNJ n.º 75/09 tem o seguinte conteúdo: “ANEXO VI - NOÇÕES GERAIS DE DIREITO E FORMAÇÃO HUMANÍSTICA - A) SOCIOLOGIA DO DIREITO - 1. Introdução à sociologia da administração judiciária. Aspectos gerenciais da atividade judiciária (administração e economia). Gestão. Gestão de pessoas. 2. Relações sociais e relações jurídicas. Controle social e o Direito. Transformações sociais e Direito. 3. Direito, Comunicação Social e opinião pública. 4. conflitos sociais e mecanismos de resolução. Sistemas não-judiciais de composição de litígios. B) PSICOLOGIA JUDICIÁRIA - 1. Psicologia e Comunicação: relacionamento interpessoal, relacionamento do magistrado com a sociedade e a mídia. 2. Problemas atuais da psicologia com reflexos no direito: assédio moral e assédio sexual. 3. Teoria do conflito e os mecanismos autocompositivos. Técnicas de negociação e mediação. Procedimentos, posturas, condutas e mecanismos aptos a obter a solução conciliada dos conflitos. 4. O processo psicológico e a obtenção da verdade judicial. O comportamento de partes e testemunhas. C) ÉTICA E ESTATUTO JURÍDICO DA MAGISTRATURA NACIONAL - 1. Regime jurídico da magistratura nacional: carreiras, ingresso, promoções, remoções. 2. Direitos e deveres funcionais da magistratura. 3. Código de Ética da Magistratura Nacional. 4. Sistemas de controle interno do Poder Judiciário: Corregedorias, Ouvidorias, Conselhos Superiores e Conselho Nacional de Justiça 5. Responsabilidade administrativa, civil e criminal dos magistrados. 6. Administração judicial. planejamento estratégico. Modernização da gestão. D) FILOSOFIA DO DIREITO - 1. O conceito de Justiça. Sentido lato de Justiça, como valor universal. Sentido estrito de Justiça, como valor jurídico-político. Divergências sobre o conteúdo do conceito. 2. O conceito de Direito. Equidade. Direito e Moral. 3. A interpretação do Direito. A superação dos métodos de interpretação mediante puro raciocínio lógico-dedutivo. O método de interpretação pela lógica do razoável. E) TEORIA GERAL DO DIREITO E DA POLÍTICA - 1. Direito objetivo e direito subjetivo. 2. Fontes do Direito objetivo. Princípios gerais de Direito. Jurisprudência. Súmula vinculante. 3. Eficácia da lei no tempo. Conflito de normas jurídicas no tempo e o Direito brasileiro: Direito Penal, Direito Civil, Direito Constitucional e Direito do Trabalho. 4. O conceito de Política. Política e Direito. 5. Ideologias. 6. A Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU)”. (Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_75b.pdf>. Acesso em: 08.07.2010).

²⁷⁶ Por exemplo, os dois últimos concursos para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado de Minas Gerais já exigiram, em seus respectivos regulamentos, a realização de provas com conteúdos relacionados a Filosofia do Direito, Psicologia e o Direito, Sociologia do Direito, Teoria Geral do Direito e da Política, Teoria Crítica do Direito e Direitos Humanos; e Ética (Disponível em: <<http://www.mp.mg.gov.br/portal/public/interno/arquivo/id/15453>>. Acesso em: 10.07.2010).

Lídia Reis de Almeida Prado, contudo, adverte que a maioria das escolas de magistratura vem priorizando a reciclagem pontual, em temas jurídicos, dos julgadores, sendo, porém, “[...] pouca a preocupação com a questão vocacional dos juízes e com aspectos éticos e psicológicos referentes à atividade jurisdicional”.²⁷⁷ No mesmo sentido, em arremate, o alerta de Boaventura de Sousa Santos:

A criação de cultura jurídica democrática [...] passa também pela transformação das escolas de formação complementar que, no Brasil, estão agora a ser criadas. As escolas de magistratura correm o risco de reproduzir todos os erros das faculdades e os aprofundar [...]. Prevalece, hoje, ainda entre nós a idéia que o magistrado que se forma na faculdade de direito está formado para toda a vida. É um erro. A formação da faculdade é uma formação genérica que tem que se complementar com formações especializadas [...]. A interdisciplinariedade é importante para que o juiz possa decidir adequadamente as novas questões complexas, que exigem mais conhecimentos de outras áreas do que jurídicos.²⁷⁸

²⁷⁷ PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção: aspectos da lógica judicial*. São Paulo: Millennium, 2008. p. 113.

²⁷⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007. p. 76-78.